

手形理論と手形抗弁〔二〕

今 泉 恵 子

一．序

二．新抗弁論（非包括説）の見解

- (一) ヘーファーメール説
- (二) カナリス説
- (三) 利益状況の評価の視点からの17条包括説批判
- (四) 小括 (以上 第68巻第4号)

三．17条包括説の見解および抗弁論争の検討

- (一) 抗弁制限（排除）の根拠について
- (二) フーバーの手形抗弁論とその基礎
- (三) 有価証券論争 — その検討と抗弁論争における意義
- (四) 抗弁の性質論とそこでの Abstraktionsprinzip の意義
- (五) 有効性抗弁事例をめぐる利益状況 — 17条包括説の評価視点
- (六) 手形抗弁論争の総合的評価 (以上 本号)

四．我が国における非包括説（権利移転行為有因論）の検討

五．小括と展望

三．17条包括説の見解および抗弁論争の検討

本章では、17条包括説の新抗弁論に対する批判およびその基礎にある理論の分析を通して、西ドイツで展開されている抗弁論争が、有効性抗弁とされる事例における利益状況の評価視点をめぐる対立へと収斂していく過程を検証する。以下に挙げるオストハイム、ウルマー、フーバーの見解は、当該事例を原則として17条の枠内で処理すべきである、と新抗弁論を批判する点では一致するが、それを支えている理論構成の点ではお互いに相違する点も多

いことが判る。即ち、分析を総合すると、包括説が新抗弁論を否定的に評価するからといって、フーバー説を度外視すれば、新抗弁論のバックボーンをなすレヒツシャイン法理そのものまでもが否定されているわけではない、との帰結が生じてくる。そこで最後に、手形法理論としてのレヒツシャイン法理を否定しないとの前提に立った場合に、同法理を抗弁論においてどのように展開すべきかについての試論を述べることにする。

注

(75) 新抗弁論の見解については、拙稿「手形理論と手形抗弁〔一〕」経営と経済68巻4号237頁以下参照。尚、以下本文中、特に断らず（ ）内で頁数のみを挙げて引用する場合、オストハイムについては注(9)前掲論文の、ウルマーについては注(6)前掲論文の、フーバーについては注(9)前掲論文のそれぞれの頁数を示している。我が国における包括説の紹介としては、たとえば、福龍注(7)前掲論文、同「いわゆる新たな二段階構成説について・序説」関大法学論集34巻3.4.5合併号321頁以下、木内「ライザー七十歳誕生日祝賀論文集『私法制度の機能の変遷』より(4)」法学新報82巻8.9.号71頁以下、更に、林「ウルマー『統一手形法における抗弁切断』(紹介)」北法29巻2号165頁以下を参照のこと。

(一) 抗弁制限(排除)の根拠について

[1] まず、フーバーによれば、およそ排除しうる(=相対的)抗弁が切断される実質的な根拠は手形法上の信頼保護の問題ではあるが、「保護されるべきは、交付契約が存在するかのごとき権利外観[*Rechtsschein*]に対する信頼ではなくて、支払人が自己の署名およびその署名により表明した支払約束を遵守することへ向けられた信頼である」(S.96)、とする。

更に、手形債務の原因に関する合意に基づく抗弁が悪意でない取得者には対抗しえない旨を定める17条の根拠を、無因主義にではなくて書面行為を求めるフーバーによれば、「支払人は署名をなすことによって、資格権限を有するすべての所持人に支払うことを自らに義務づけるのであり、彼は所持人との特別の法律関係から別段の事情が生じない限り、この支払約束を果たさねばならない。まさに以上のことが、法取引が手形署名に付与した意義であって、17条とは、手形署名に関して法取引において生成したこのような見解[*Anschaung*]を実定法化したものに他ならない」(S.105)。

要するにフーバー説は、いわゆる手形の文言証券性ないしは『文言責任』——手形行為者は、証券の作成という一方的行為によってその内容を決定されたところの債務、つまり『証券の文言通りの債務』を負担しなければならないということ——に根ざした信頼の保護こそが手形抗弁制限の根拠だと捉えて、ここにおける権利外観の効果・必要性を否定するものと察せられる。

〔2〕ところが、同じく包括説をとるウルマーは、フーバーとは違って、新抗弁論のバックボーンであるレヒツシャイン理論について、その信頼保護理論としての価値全般を否定しているわけではない。このことを示すのが、抗弁排除の根拠づけに関する以下の叙述である。即ち、「抗弁の切断とは、証券内容に働きかけて文言責任を加重する権利外観の効果によるものであって、（上述の意味における手形債務者の）文言責任とは密接な関連を有するも別個の問題である…つまり、善意取得と同一線上にあるところの、（所持人が抱く）自己の前者に帰属している権利（の内容・範囲）が真に存在しているとの確信がもたらすもの〔*Folge des Glaubens an die Berechtigung des Vormanns*〕である」⁽⁷⁶⁾、と言う【下線および（ ）内は引用者による】。

〔3〕以上のように、抗弁の排除が信頼保護の問題だとしても、それをレヒツシャインの効果と捉えるか否かが抗弁論争における争点の一つとなっているが、同じく包括説とされながら、この点についてウルマーとフーバーの理解が違うのは何故なのか、それ自体は検討に値すべき問題ではあろう。

因に、文言責任としてではなくレヒツシャインの効果として『抗弁排除』を捉えるウルマーの見解は、彼が、この現象を法律行為上の当然の効果として説明する学説——複数契約説、振出人・最初の受取人間でなされる一連の不特定な第三者のためにする契約説、更には、手形所有権取得に伴う手形債権の原始取得説等——に反対して、『裏書の本質』を証券に表象された『債権の譲渡』であると解していることとの関連で理解されるべきである⁽⁷⁸⁾、との指摘がなされている。この点、『裏書の本質』をレヒツシャイン理論を全面的に否定するフーバーがどのように捉えているのかが、その叙述からは明確でないため、両者の見解が異なる原因を早々に確定することはできない⁽⁸⁰⁾。

しかしながら、両者の見解の相違は少なくとも次のことを意味する。つま

り、17条の適用領域をめぐる新抗弁論に与しないからといって、そのことが直ちに『信頼保護に根ざす抗弁排除』を根拠づける法理論としてのレヒツシャイン理論の価値それ自体までもを否定することには必ずしもならない、ということである。ここにおいて我々は、両者に共通する有価証券理論が、抗弁論争の評価にとって真の意味で決定的な争点となりうるのか、ということに目を転じて行かなければならないのである。

注

(76) 証券所持人に備わっている、証券に記載された範囲内の債権を有しているかの如き外観は、善意の第三者が抱く（自己の前者は証券記載の範囲内の権利を有しているとの）信頼の基礎でもあり、この者のために人的抗弁の排除が生ずる（Ulmer, WP. S. 57f.）。

(77) Vgl. Ulmer, WP. S. 59, 42., 上柳克郎「手形の文言性」手形法小切手法講座1巻41頁以下。

(78) 所有権説をとる創造説に対し、文言債務が危惧されてはいても、意欲されているわけではないという（Ulmer, WP. S. 58f., 42）。但し、債権譲渡説をとる場合でも、人的抗弁により制約された債権がその同一性を維持されたまま取得される、と観念すべきではないとの指摘がある（川村正幸「手形抗弁論の基礎」一橋法学研究11, 41頁以下, 82頁）。

(79) 上柳前掲講座1巻66頁注(1)。但し、同65頁, 66頁注(3)における指摘の通り、裏書につき債権譲渡説をとっても、人的抗弁の切断の根拠を手形行為者の態度 [Verhalten] に求めることは、レヒツシャイン理論と矛盾するわけではない。

(80) 尤も、最近、我が国で権利外観理論を否定し、Huber 理論を多くの箇所て引用する諸見解（小橋注(7)前掲論文1頁以下、菱田注(9)前掲論文463頁以下）には、手形の指図性や複数契約説的思考、或は、所有権説的創造説に近似した思考から、裏書につき、債権譲渡による手形債権の承継的取得の観念を疑問視する傾向があるのは興味深い。

およそ手形行為が潜在的手形取得者たる不特定多数人に向けられた対公衆的意思表示からなる法律行為である点（大隅健一郎・新版手形法小切手法講義（平元、有斐閣）27頁）を強調すれば、裏書により文言通りの手形債権が、承継的ではなく原始的に取得されるとの観念に親しむ（vgl. dazu Pflug, Auslegung wechselfähiger Erklärungen, ZHR. 148, S. 1 ff.）。いずれにせよ、手形上の権利と証券との結合の基である手形裏書の社会関係の把握が、裏書の法理論的考察のためには必要である、との指摘がある（因に、大隅「手形裏書の史的概観」法学論叢24巻388頁以下、原島重義「手形裏書の社会関係—有価証券法理論に関する一つの覚え書」久留米大学法学3号75頁以下を参照のこと）。

（二）フーバーの手形抗弁論とその基礎

〔1〕 有価証券理論をめぐる対立が抗弁論争においてもつ意義を検討するための準備作業として、本節では、フーバーの手形抗弁論およびそのバックボーンの重要部分をなしている手形債務の成立要件論を把握しておこう。

まず、手形債務者に許される抗弁およびその抗弁が手形取得者に対抗されうるための条件の問題は、他ならぬ手形法自体から解明すべきである、というフーバーによれば、手形抗弁は次の5類型に分類されている。

I. 署名の実質的有効性に対する抗弁[*Einwendungen gegen die materielle Gültigkeit der Unterschrift*]

当該抗弁は、手形の署名者もしくは其の本人に対して義務を負わしめることをえない署名、即ち、関係者に『自己の』署名としては帰責することのできないような署名を規定している手形法7条・69条自体から、手形債務が成立するためには実質的に『有効な』署名が必要であることに由来する（S.91 f.）。従って、①偽造、②無権代理人による署名、③行為無能力、④署名の絶対的強制、⑤変造、⑥全く法律行為的取引外でなされた署名の濫用[*Autographenmißbrauch*]がこの抗弁類型に属する。

但し、手形取引の保護に鑑みてこれらの規定は限定的に解釈されるべきであるが故に、一般私法によれば意思表示の無効を生ぜしめるような事由は、書面行為としての署名の有効性に影響を与える抗弁ではない（S.95）⁽⁸¹⁾。

II. 証券上の抗弁（手形請求権の内容及び前提条件は証券それ自体に依拠する必要があるが故に、証券内容と請求とが異なるという旨の抗弁）

この類型に属するのは、手形方式の不備、手形に記載のある支払いおよび一部支払い、時効、遡求手続における失権等の抗弁である（S.99）。

III. 直接の關係に基づく抗弁（17条の適用を受ける）

支払人・手形所持人間の『直接の關係』およびこれに基づく抗弁を設定する要件事実、一般民法の規制に従い、17条は、これらの抗弁を第三取得者に対抗しうるための前提条件を規制する。

①手形債務引受の目的ないしは法的原因に関する債務法上の合意

〔*Zweckbestimmung(Rechtsgrundabrede)*〕に基づく抗弁、②支払猶予等の抗弁が典型的なものであるが (S.100ff.)、更に、③交付契約の無効、④手形証券の返還を伴わない手形債権の爾後の消滅 (弁済) の抗弁も、原則としてこの類型に属する (S.111ff., 124ff.)。

Ⅳ. 白地証券の濫用の抗弁 (10条の適用を受ける)

この抗弁類型は、統一手形法発効前はⅢ類型の特殊事例であり、現行手形法の下でも、仮に10条がなければ17条にいう直接の抗弁と見做されるべきは、⁽⁸²⁾ ずのものであった。それ故、17条に比べて10条の規制は、不当補充を知らないことにつき重過失があるだけで取得者の保護を否定する点で、白地手形が格別に濫用され易いことに鑑みた取引保護の制限を含む (S.106ff.)。

Ⅴ. 実質的権限〔*Aktivlegitimation*〕の欠缺の抗弁 (16条2項の適用を受ける)。Ⅰ～Ⅳ類型の抗弁では手形債務の成立が争われるのに対して、これは、被請求者が自己に対する請求権の成立は否定せずに、請求権が現在の手形所持人には帰属していないと主張して争う抗弁である (S.108ff.)。

〔2〕 有効性抗弁を、17条により規制される『直接の関係』に基づく人的抗弁 (上記Ⅲ類型③④) に分類するフーバー説の第一のバックボーンは、手形が取引の直接当事者間を超えて流通した段階での手形関係に、手形法の規制領域を限定することによって、逆に、そこにおける各国の一般私法諸規定の適用を最初から排除する手形法解釈方法論である。

前述した通り、この限定された局面で生じる抗弁対抗の制限という現象——殊に、交付契約を伴わない手形債務の発生——を『レヒツシャイン責任』としてではなく、『法律行為としての署名に基づく責任』として位置づけようとするフーバーにとり、この試みは、そこに一般私法上の諸規定の適用を肯定する限り、実現不可能なものと映じた。

そこで、①手形所持人の手形署名者に対する請求権が手形署名によって成立するための要件、②手形から生ずる権利が裏書によって第三者に移転するための要件は、手形法自体に従って独自に解釈されるべき同法の排他的規制領域に属し、そこでは各国の国内法に従う解釈は劣後すべきだ (S.88)、との立場をとっている。但し、この原則の例外として、彼は、(1)、自己が義務

を負いまたは他人をして義務を負わしめる能力に関する規定（手形権利・行為能力、代理）、(2)、（手形法は当事者間の『直接の関係』については、それが証券文言に依拠しない限り関知しないとして）手形請求権が当事者間の付随的合意により排除または限定されるための要件、(3)手形証券についての所有権に関する規定の三つを、手形法の規制領域から除外されるものとして挙げる（S.88）。

〔3〕 フーバー説の第二のバックボーンは、以上の手形法解釈論によって既に暗示されていた手形債務の成立要件論——手形署名を以て、それ自体で手形債権を成立させる『後続の交付契約の有効性には依存しない独立の』手形債務負担要件としての法律行為である、と構成する理論——である。

1. 手形法が無効な署名と有効なそれを区別している以上、手形債務は署名が有効でありさえすれば、たとえ手形呈示者との関係では成立しなくとも善意の第三取得者との関係では成立することを重視するフーバー説では、およそ手形の第三取得者との間で手形債務が成立するためには、支払人のなす有効な署名（7条）で足り、手形の返還（29条）は必要ではない（S.97, 111）。

要するに、交付契約との相互関係において手形署名がもつ法的意義は、前者がたとえ無効ないしは欠缺しているにも拘らず、後者は独立して有効であるという点にあり、このような特質を論拠にしてフーバーは、『署名それ自体』を、手形法上の法律行為として位置づける（S.97 f.）。

2. このように、法律行為としての手形署名は交付契約と共に手形行為の複合的構成部分をなす、というウルマー説⁽⁸³⁾に与するフーバー説では、創造説と契約説とが結合した二者択一的な構成が生じる。つまり、手形債務は、(1)署名者による有効な署名および交付に基づいて成立するか、あるいはこれらの要件を充たさない場合にも手形取得者が善意であるときには、(2)署名者による有効な署名および他人による有効な交付に基づいて成立する（S.99）。

3. しかしながらフーバー説によるも、手形取引の直接の当事者間で手形債務が成立するためには、支払人が手形受領者に手形を返還するに際して、一般民法に照らして有効な交付契約がなされることが必要とされる（その理由は〔2〕で示したように、手形取引の直接当事者間の規制は民事手形法た

る各国の一般民法に委ねられていることにある) (S.112)。

4. 尤も、フーバー説ではこの交付契約の必要性が、手形法規制の及ばない当事者間の直接の関係においてしか重要性をもちえないがために、交付契約に瑕疵があるとの抗弁は、支払人・手形受領者間の『直接の關係に基づく抗弁』として17条の規制に服することになる (S.114)。

注

- (81) フーバーによれば、『問題はレヒツシャイン法理によって意思表示の瑕疵に関する一般民法の諸規定を失効させることではなくて、手形法上の法律行為たる『署名』を同法の趣旨・目的に照らして解釈することに過ぎない』(S.96f.)。
- (82) 具体的には受取人が、a) 自ら約定違反の補充をなすか、補充せずに再譲渡するに当たり補充権の譲渡権限を欠くかまたはこれを濫用する場合。b) 白地手形の使用についての約定それ自体に無効・取消等の瑕疵がある場合に、その無効な約定に反して補充または譲渡する時を挙げる(但し、約定に反しない時は10条に該当しない(後述三(4) [3])).
- (83) ウルマー自身は、レヒツシャイン理論は契約説ではなく、創造説と結合されるべきだとする(Ulmer, a. a. O., S. 236ff.). 但し、後述三(4) [1] をも参照せよ。

(三) 有価証券論争 — その検討と抗弁論争における意義

[1] 周知のように、手形証券に表彰される権利の設定に関して対立してきた契約説と創造説は、設定行為に瑕疵がある特別の場合には何らかの形で二者択一的な混合標識を必要とする。従って、争われているのは、①**契約説＋権利外観理論**と②**契約説＋創造説**とを比較した場合、手形取引の実態に即しながら手形法規範をも正当に評価しうる混合理論として体系的により適切だといえるのは何れの理論か、なかんずく、署名行為と交付契約との相互関係につき、前者にどの程度の法的独自性を認める理論構成が妥当であるか、ということである。この点につきフーバーは次のようにいう。

「署名自体を以て、独立の意思表示と捉える結合理論(契約説＋創造説)の長所は、手形法上の債務負担要件事実の中心的メルクマールたる署名を手形法体系において適切に位置づけることができる、という点にある。

これに対して、今日ドイツで支配的な結合理論(契約説＋権利外観理論)

は、署名という要件事実メルクマールを、それ自体としては全く編入できずに、法的に重要性のない（交付契約の）準備行為にまで格下げしておく。

ところが、ひとたび交付契約の欠缺が問題になるや否や、一時しのぎの構成（レヒツシャイン理論）によって、当該準備行為を（同理論が債務負担要件事実として要求してきた交付契約とは無関係に）独自の債務負担要件という地位にまで上昇させるのである。

それ故、かかる理論は、手形法という体系を妥当な形で記述するには適切なものではない」（S. 99），と【（ ）内は引用者による】。

〔2〕 確かに、手形署名が有している交付契約には依存しない独自の法的重要性を承認することは手形法体系の要請するところではある。しかしながら、この要請に応じる最適の法律構成だといえるのは②理論でしかあり得ない、というわけでもない。蓋し、我々はその証左を、前章（一）〔3〕で既に紹介したヘーファーメールの有価証券理論——手形債務成立の根拠を、原則として、書面行為〔*Skripturakt*〕と契約による手形交付とからなる二段階的構成要件事実を求める見解——に認めることができるからである。

フーバー説と同様に手形債務成立の問題を、(1)手形授受の直接当事者間と(2)第三者間とに分けて考えるヘーファーメール説が、(1)においては書面行為に加えてさらに交付契約が必要である、という場合に、前説と違うのは、単なる署名行為としての書面行為が、単なる準備行為以上のものではあるけれども、法律行為上の意思表示ではないと解する点にすぎない。

しかも、有効な *Wechselerklärung* があるかのごときレヒツシャインが、有効な交付契約を欠く場合ですらも、署名者の責任の根拠だとされるのは、まさに彼が一方的になした *Skripturakt*こそがレヒツシャインに寄せる善意取得者の信頼の基礎を成す、という意味で『独自の意義』を有するが故にこそ可能なのである。そして、このことは、①理論をとるヘーファーメール自身も認めている（前述二（一）〔3〕）。

このように見てくると、ヘーファーメールの見解をとるにせよ、フーバーの提唱する②契約説＋創造説の混合理論をとるにせよ、手形債務の成立要件事実は、結局、『*Skriptur(akt)*』というエレメントを媒介として体系的に相互

に結びついている、と言えよう。それ故、新抗弁論の前提をなす①理論では、⁽⁸⁴⁾以上の体系的関連が失われ、信頼要件事実が契約要件事実とは無関係に併存してしまうというフーバーの批判は、仮に①理論が、署名のもつ法的独自性を、通常書面という方式による契約の場合と等置し、単に債務の成立を証明する機能のみに徹底的に縮減している、というのであれば正鵠を射ったものであるかもしれない。⁽⁸⁵⁾しかし彼の批判は、ヘーファーメールに関する限りでは空を突く。

更に、①の理論構成も②のそれも、究極的には手形債務者に帰責できる容態 [das zurechenbare Verhalten] という実質的な共通根を有するのである。

従って、以上を要するに、手形法の要請に optimal に応じる有価証券理論としては①②いずれの理論構成をとることも体系上は等しく可能である。

[3] そこで、署名行為それ自体を法律行為上の意思表示と解するか否かの論争は、手形債権が発生する現象を叙述する場合に、①理論のように手形授受の当事者関係と、②理論のように対第三者関係との何れにアクセントをおくかの相違に帰着する、としてその実益を疑う論者もいる。しかし、⁽⁸⁴⁾①理論の法律行為概念は狭小に過ぎる、という認識がフーバー説の基底をなしていることに鑑みれば、この認識自体の検討を怠ることはできない。

前述したように、フーバーの理論の出発点は、無効な署名から区別される有効な署名が、善意の取得者との関係では設権効を有すること——つまり、署名者が、手形呈示者あるいは直接の受領者に対しては彼が意欲しているわけではない法律効果に拘束されること——を認めている抗弁排除という手形法規制であった。しかしながら、その結果として、この設権的な法律効果を法律行為論の枠外に位置する信頼 (Rechtsschein) 責任という体系を否定して、これを、『私的自治的自己決定行為の存在』を理由に法律行為責任として正当化するためにフーバーは、私的自治概念の外延の拡張とその内包の希釈化という概念操作を必要とした、と考えられる。

因に、有効な署名に設権効があること、および、署名する意思が署名者にはあることを理由にフーバーは、署名を『法的に重要な行為 ein rechtserheblicher Akt』ないしは法律効果を伴う『意思行為 Willensakt』⁽⁸⁷⁾と呼ぶ。

ところが、法的重要性を有する所為を問題とする場合、『法的に重要な容態 *das rechtlich relevante Verhalten*』と法律行為・意思行為とは、(術語上も) 区別されるのが通常であり⁽⁸⁸⁾、しかも、この両者を区別する必要性は次のような両者間の相違にあると理解されている。即ち、「前者は、たとえ事実行為（単なる事実としての容態）と違って、意思のモメントが独立化している（意思の表現をも含んでいる）にせよ、また、たとえ法的に重要であるにせよ、それは何ら目的的〔*final*〕に *Rechtsgestaltung* へ向けられた行為、つまり、法秩序による承認に基づいて、法律行為上の規律を妥当させる〔*in Geltung setzen*〕ものではない… 法律行為とは、法的な規律づけを為すこと〔*eine rechtliche Regelung*〕である。これに対して、法的に重要な容態とは、たとえ法律行為による規律づけ〔*eine rechtsgeschäftliche Regelung*〕におけるのと同一の法律効果が発生する場合があるにせよ、それは何ら規律づけることなく、規律されるものである。かくして法的に重要な容態とは、容態の（諸事情に鑑みた）法的評価に基づく法による規制〔*Regelung von Rechts wegen*〕のための構成要件事実である」⁽⁸⁹⁾、と。

従って、意思表示とは目的的に法律関係の形成に向けられている積極的所為であって、まさにその故に、この形成に向けられる意思こそが意思表示の本質的要素〔*das Essentielle der Willenserklärung*〕である⁽⁹⁰⁾、との理解に留まる限り、フーバーが署名それ自体を以て法律行為と解することには問題がある、と考える。蓋し、証券に署名するという意思・所為それ自体が、上述の意味における能動的・主体的規律として（手形債務を負担する）法律関係を妥当させる旨を表示したものである、とは言えないからである⁽⁹¹⁾。

むしろフーバーもこの問題を認識していた。だからこそ、彼がそれにも拘らず署名行為自体において私的自治的自己決定行為（法律行為）の存在を語りうるためには、「苟も手形証券に署名するものは、故意（*willentlich*）に手形債権が自己に対して発生する可能性を創り出す。それ故、手形債権は①有効な交付契約がある場合には、彼が債権発生を意欲していたが故に発生し、②他人により証券が濫用される場合には、彼が証券濫用の可能性を自らの意思決定により創り出したが故に発生する」（S. 99）、との叙述を要したので

ある。即ち、意思の表明を通じて法律効果を惹起しまたは阻止する可能性を法的に承認していれば、それは手形法上の私的自治的法律行為である、という具合に私的自治概念の外延を拡張せざるをえなかったのである。⁽⁹²⁾

しかしながら、このような「『法的に重要な容態』を多かれ少なかれ『意思表示』と等置したり、あるいは用語上のレベルだけでもせよ、前者においてあたかも『意思表示』となにか同種のことに関わっているかのごとき印象を惹起させる理論は、『法的に重要な容態』を『意思表示』理論へと取り込むことにより、逆に、法律関係の目的的な形成こそが意思表示に決定的なメルクマールであることを本来的に否定する」⁽⁹³⁾ — 即ち、『法律行為』概念を変容・希釈化させる⁽⁹⁴⁾ — 危険性を孕んでいる。

以上の理由から、署名＝法律行為と解する②理論には俄に与しえないのであって、署名という容態は、法が交付契約によらない法律効果を特殊手形法上の評価に基づいて規制するための要件事実ではあっても、意思表示ではない、と解することには相当の理由がある、と思われる。尤も、『手形署名』と『手形交付』との関係を単に並列的な複合構成要件としてではなく、手形行為の発展的な段階構造においてとらえ直す必要はあろう。有効性抗弁が排除される場合に、交付契約の『欠缺の抗弁』とその『瑕疵の抗弁』とを単一化し、両抗弁に対する評価の視点や排除の基準を単純に同一化するときには、『交付契約の瑕疵の抗弁』の問題が本来的には法律行為上の表示に基づく責任の問題でもあること、が看過されがちなのではなかろうか。蓋し、手形行為の段階的構造から見ると、前者の排除に当たっては署名だけを基盤にした容態レベルの法的評価の問題に留まるのに対し、後者の場合にはたとえ瑕疵を有するとはいえ、①理論から見ても、署名・交付という二つの基盤をもつ手形法律行為レベルの法的評価に関わるからである（後述三（六）〔6〕）。

〔4〕 以上の点は暫くおき、抗弁論争において有価証券理論に関する二つの混合理論の対立はいかなる意義を有するのか。換言すれば、フーバーのように署名を法律行為として位置づける②理論をとること自体を以て、相対的抗弁を人的抗弁と有効性抗弁とに二分せずに、一括して17条のもとに包摂する抗弁論に与する決定的根拠となしうるのだろうか。

確かに、手形行為の成立要件を相対的に考察する法律構成は、手形表示の解釈原則に関してもその基準を二元化する次のような解釈傾向に馴染み易い。即ち、プフルーク (*Pflug*)⁽⁹⁶⁾ に従えば、(1)、証券の第三取得者との関係では、文言性のある手形行為の特殊性を顧慮して、手形表示をそれがもつ客観的な意味・『典型 *Typus*』に照らして解釈する（それ故、署名者は自己のなした証券上の表示のもつ典型的意味ど通りに義務を負うと解しておく）。しかし、(2)、手形取引の直接関与者間においては、付加的に特別の法律関係＝交付契約を重要視して、証券からは通常明らかなでないその内容を一般解釈原則に従い、一切の証券外の事情を考慮して確定する、という解釈傾向である。

以上の解釈方法がとられる場合において、証券上の表示の有する客観的な意味と交付契約による合意の内容が一致しないとき、手形署名者は、形式文言ど通りに厳密に解すれば債務を負うとはいえ、直接の当事者たる相手方の請求に対しては、抗弁 [*Einwand*] を主張・立証して対抗しうる。

そして、この場合に手形署名者の主張する抗弁が、全ての請求者に対抗可能な『証券上の抗弁』ではなく、当事者の『直接の関係』に由来しているという事実が、抗弁論に影響を及ぼすといえなくもない。つまり、前節で紹介した手形法の規制領域に関するフーバーの叙述からも明らかなように、以上のような解釈方法と彼の有価証券理論が親密に結びつくことによって、この結びつきが、有効性抗弁であると人的抗弁であるとを問わず、証券から明らかなでない抗弁を『直接の関係に基づく抗弁』として17条に包括する彼の抗弁論の成立を容易にしている、といえよう。

しかし、仮に、上記の解釈方法をとったとしても、それによってフーバーの提唱する抗弁論に与することが強制されるわけではない。蓋し、かかる手形表示解釈方法それ自体は、①理論の立場から新抗弁論を展開するヘーフェーメール (*Vgl. Baumbach-Hefermehl, a. a. O., WG. Einl. Rdn. 55-58*) のとるところでもあるからである。

つまり、プフルークの言葉を借りれば、「交付契約当事者間の直接的関係に由来する抗弁が手形の第三取得者に対しても永続するかどうかは、抗弁排除論の問題である。手形行為解釈に関する上記の考え方をとることで、交付契

約に基づく全ての抗弁があたかも自動的に17条にいう人的抗弁であるかのよう
に解釈されることによって、抗弁理論は失権しない。抗弁の出来
[*Herkunft*] は抗弁の質 [*Qualität*] については未だ何事をも語らない⁽⁸⁷⁾。

本節を要するに、有価証券理論としては前記①②の何れの理論構成も等しく
可能なのであって、しかも、その何れをとるかということのみを以ては、
有効性抗弁の取扱いに決定的論拠を与えうるものではない。だからこそ、抗弁
論争は以下において検討される排除しうる抗弁の性質論、ひいてはそれらを
めぐる利益評価の対立へと更に移行していかざるをえなかったのである。

注

(84) so sagend z. B. Pflug, ZHR. 148, S. 24.

(85) Pflug, a. a. O., S. 24. FN. 96は、①理論への Huber の批判は手形署名の独自性を顧慮
しない手形表示の解釈方法（例えば、D. Joost, Wechselauslegung und Wechselstrenge,
WM 1977, S. 1394ff., 1397）をとる場合にしか妥当しない、というが、手形署名を単なる
準備行為としてしか評価しない Canaris (Hueck—Canaris, a. a. O., S. 29f.) にも妥当し
ようか。彼は、手形表示解釈に関しても、Pflug や Hefermehl の客観的解釈（殊に、当
事者間と第三者間とに解釈基準を二元化する見解）を、前者からの権利の承継的取得の
事象と調和しない、として、およそ手形外に在る事情をも顧慮して交付契約を解釈し、
文言に対する爾後の手形所持人の信頼の保護を、抗弁排除に関する諸原則に委ねる Joost
の解釈論に好意的である（Canaris, a. a. O., S. 72）。

(86) 例えば、Pflug, a. a. O., S. 24.

(87) 尚、小橋注(7)前掲論文7, 14頁は、フーバーから示唆を受けられた、と思われる。

(88) Vgl. Flume, Allg. Teil BGB. 3. Aufl. (1979), II Bd., S. 113ff.

(89) Flume, a. a. O., S. 114f.

(90) Flume, a. a. O., ebd.

(91) いわゆる *Geltungstheorie* に立っても、*Geltungsanordnung* に欠ける。Vgl. dazu,
Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* (1930) ; derselbe (注(49)前掲),
S. 380; Flume, a. a. O., S. 58f., 上柳「エックハルトの創造説」会社法手形法論集436—437
頁注4。

(92) この意思表示論は、広義の私的自治概念をとるビドリンスキー (F. Bydlinski,
Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967,

S. 117, 127, 155)と軌を一にする。Bydlinski(S. 129, 159)は、表示容態[Erklärungsverhalten]を法律行為と認める基準として帰責事由[Zurechnungsgrund]を語り(vgl. Larenz, a. a. O., S. 72ff.), 信頼保護を緊急に要する有価証券法上の表示容態に法律行為としての効果を認めるためには、過失なき容態の *adäquate Verursachung* で足りる、と言う。

- (93) Flume, a. a. O., S. 115f. このフルーメの指摘はフーバーに妥当する、といえよう。
- (94) 我が国では上柳「手形の無因性についての覚書」企業法の研究337頁、今井宏「手形署名と手形の交付」手形法小切手法講座1巻104-107頁等がこの点を批判するが、浜田道代「手形行為論に関する覚え書(-)」名大法政論集88巻325-326頁は積極的に評価される。
- 尚、ドイツにおける一般私法上の議論については、山下末人・法律行為論の現代的展開(法律文化社、昭62)、児玉注(90)前掲論文111頁以下、162頁以下等を参照のこと。
- (95) 「法的に重要な容態は、それが法律行為取引の領域に関わる限り、その解明は法律行為論に属する」(Flume, a. a. O., S. 115f.)との指摘にいかにか答えるか、更には、果たして、Canaris(Vertrauenshaftung, S. 412, 424, 439ff., insb. S. 441, 234ff.)の言うように信頼責任の問題に関して法律行為論が機能しえていないのかどうか、は再考を要しよう。
- (96) Pflug, a. a. o., S. 15.
- (97) Pflug, a. a. o., S. 16. 尚、福龍「手形行為の解釈について」教材現代手形法学(法律文化社、昭62)、47頁以下、73頁以下をも参照。

(四) 抗弁の性質論とそこでの *Abstraktionsprinzip* の意義

[1] 『手形債権の存在自体に関わるか否か』という性質の違い故に、人的抗弁と有効性抗弁とは区別されるべきである、という新抗弁論を以て、抽象(無因)性原理の過度の誇張に基づく見解である、と評する包括説は、同原理をどのように捉えているのだろうか。本節では、手形抗弁論争において『手形の抽象性』論議がいかなる意味を有するのかについて考察する。

ところで、抽象性[*Abstraktheit*]が具える属性は一樣ではなく、その捉え方次第では、抗弁論における *Abstraktionsprinzip* の意義もまた変わってくる。また、後述する通り、包括説の論者の理解と照合しながら分析すると、⁽⁹⁸⁾個々の属性そのものについての争いは部分的なものであることが判る。

第一に、手形債権が原因債権に対して『独自性=非同一次性』を有する、という属性については争いがないのであって、因に、ウルマーも、「抽象思想[*Abstraktionsgedanken*] — 手形債権はその基盤をなす原因債権を伴わずと

も譲渡されうるところの独立の債権〔*die selbständige Forderung*〕であるとの観念——は堅持されるべきであろう」(S. 239f.)、という。但し、この属性は、オストハイムも指摘する通り、『手形債権は、原因関係の当事者間においても、原因関係には付従しないという意味での抽象性』とは必ずしも結びつかず、そこでの手形債権は、*kausal* に原因関係と関連しうる。

第二に、この独自性から派生するところの『手形訴訟における立証責任の転換機能』についても、学説・判例上ほぼ普遍的に承認されている⁽¹⁰⁰⁾。

但し、同時にまた、「オーストリアでは、手形『請求権』の抽象性は周知の事実だが、無因的な所有権の譲渡〔*die abstrakte Übereignung*〕概念を知らないため、手形の交付は有因行為である。それ故、*Abstrakt* について語るとしても、それは『形式的無因性』若しくは『証明の無因性』でしかない。後続の取得者の手中においてはじめて手形債権の原因行為からの完全な無因性が生ずる」(S. 363. FN. 50, 51)、とするオストハイムの見解、さらには、「手形債権を法的に構成するにあたって手形抽象性が有する機能は、原因関係の当事者間においても手形債権の迅速な実現に奉仕すること、及び、原因関係に瑕疵がある場合に、その瑕疵の立証責任を債務者に負担させる訴権〔*Klagerecht*〕を創出することにつきる」(S. 240)、とするウルマーの見解は次のことを示す。即ち、包括説にとつての *Abstraktionsprinzip* の意義とは、手形訴訟上の機能に限定されている、ということである。

しかも、「*Abstraktionsprinzip* は技巧的で混乱を招くものであって、これは手形法による規制の結果として、本来、その適用がなくとも到達するであろう結論に達してこそ正当に適用される原理である」と主張するレーフェルト (Rehfeld)⁽¹⁰¹⁾ に与するフーバーに至っては、「ある特定の法律上の原因との関連〔*eine Bezugnahme auf einen bestimmten Rechtsgrund*〕を前提要件としない実定法上の債務負担要件事実を『*abstrakt*』なものと呼称しているだけであって、これは全く述語上の因襲に過ぎない」(S. 105)。⁽¹⁰²⁾ つまり、彼によれば、証明の無因性——原因関係上の抗弁の主張・立証責任が債務者にあること——ですら、「厳密に解すれば、なんら手形債務の抽象性から帰結するわけではない。これは単に、(1)、手形法が、手形債務の実定法上の要件

事実として、たとえば為替手形の振出と支払人による引受以上のことを要求していないということと、(2)、権利障害的抗弁[*die rechtshindernde Einwendungen*]は債務者の側において立証すべし、との証明法[*Beweisrecht*]上の一般原則とから出てくるに過ぎない」(S. 104) ことになる。⁽¹⁰³⁾

以上の属性とは異なり、**第三に、直接の当事者間において原因関係上の抗弁が對抗される場合に、それを不当利得抗弁として捉える『独自性』**⁽¹⁰⁴⁾という観念に対しては、包括説論者は一様に激しく批判している。この観念は、無因性概念を媒介とした独自の不当利得法制度（ドイツ民法812条2項）を有するドイツ法の観念に照らせば論旨一貫しているともいえる。しかし、かかる不当利得制度を共有しない他国ではオストハイムが主張するように、「原因行為の瑕疵が当事者間で主張される場合に、不当利得法を迂回する必然性はない」(S. 250)。更にドイツ法上も、「原因関係上の抗弁は17条にいう『直接の抗弁』のうち最も重要な抗弁だが、この抗弁は、手形の『抽象的』性質とは何ら関わりをもたず、当事者間でなされる手形債務の目的に関する合意から生じるに過ぎない」(S. 100)、とフーバーはいう。

尤も、新抗弁論は、たとえば同時履行の抗弁のように、一般に不当利得抗弁の成立に争いのある種類の抗弁についても、それらが手形交付の目的に関する合意に基づく抗弁として原因関係の当事者間では對抗可能なことを否定しているわけではない。⁽¹⁰⁵⁾それゆえ新抗弁論が、原因関係上の抗弁を不当利得の抗弁として對抗させる構成を放棄することも不可能なわけではない。

以上から区別されるべき**第四の属性は、手形が再譲渡されるに際して手形債権が原因債権から分離するという属性**であって、これは実質的抽象性と呼ばれたり、或は、『抗弁排除＝抽象性』と解されたりするが、⁽¹⁰⁶⁾この用語法の意味するところは、要するに、原因関係の瑕疵それ自体は17条の規定に照らして取得者に害意がある場合にしか對抗できないということである。

この点につき包括説は、原因関係上の抗弁が排除される根拠をなすのが手形の無因性原理ではないことを強調する。たとえばウルマーは、「原因関係の相手方に帰属している手形債権が、いわゆる排除しうる有効性抗弁によるのと同じように、原因関係に基づく抗弁によってもまたその効果を覆される

[*entkräftet werden*] ということは明白である。爾後の取得者の手中において手形債権が強化されるのは、手形債権の抽象的性質から帰結されるのではなく、むしろ抗弁排除の結果として出てくる」(S. 240)、という。

しかし、このような理解に対して、新抗弁論に与するトムセンは次のように反論している。即ち、「抗弁排除理論にとって抽象性が有する意義については、むしろ包括説の方こそが抽象主義を些か過大評価している。蓋し、新抗弁論にとっての抽象性とは、17条を単一的にではなく差異づけして適用すべきだと映じさせるような、そのような抗弁事実の実質的な相違を捻出するための補助的手段でしかない⁽¹⁰⁷⁾... それ故、抽象性の意義を消極的にしか評価しない包括説と新抗弁論との間に架橋しえない対立があるとは思えない⁽¹⁰⁸⁾」⁽¹⁰⁸⁾と。この点、新抗弁論が抗弁排除の究極的な根拠と考えているのは、取引保護＝手形流通の容易化であり、およそ抗弁が排除されるか否かをレヒツシャインの観点から判断しているという点だけに鑑みれば、かかる反批判がなされるのもあながち不当とは言えまい（但し、後述三（六）〔4〕をも参照）。

〔2〕　そこで、問題として残るのは、結局、排除しうる抗弁を、意思表示の瑕疵が原因行為にあるのかそれとも交付契約にあるのか、といった具合にその性質の差によって区別することが、一方には17条が適用され、他方については法規に欠缺がある、とする新抗弁論の論拠となりうるのか否かである。

結論からいえば、これまで抽象性が具える属性について検討してきたところから明らかなように、抽象性は、本来、原因関係上の抗弁以外の相対的抗弁群には17条の適用がないこと、更に、このような抗弁群には10条・16条2項の類推適用があることまでも意味するわけではない⁽¹⁰⁹⁾。従って、有効性抗弁の規制については法規に欠缺があるというために、手形債権の抽象性を援用することは、即自的にはできない。要するに、抗弁性質の実質的相違を以て、排除可能な抗弁を『人的抗弁』といわゆる『有効性抗弁』に分ち得たとしても、そのことから直ちに、有効性抗弁は17条にいう抗弁には包摂されない、との結論は導きえないのである⁽¹¹⁰⁾。

因みに、フーバーは、カナリスの叙述（*Canaris, JuS 71, S. 441, 445*）を捉えて、そこでの思考連鎖法を次のように批判する。即ち、新抗弁論は、「①、⁽¹¹¹⁾

原因関係上の抗弁『だけが』あるに『すぎない』場合には、手形債権『それ自体』の存在は、17条の意味での人的抗弁によっては影響を受けず、『それ自体』実存している〔*existieren*〕手形債権の行使が排除されているにすぎない、と解する… 他方、②、交付契約が欠缺している場合または履行等により手形債権が消滅する場合には、手形債権『それ自体』は実在していない、と解する。このような『存在しない債権 *die nicht bestehenden Forderungen*』と存在するが債権者が行使できないような債権とを区別する根拠は、推察するところ、『*Abstraktionsprinzip*』を誤解することによって助長されていると解されるが、然るに、この区別はなんら法的把握にたえうるものではない』（S. 125）、と【番号は引用者による】。

しかし、抗弁の性質論では決して問題が済まされない、ということは、他者の指摘を待たずとも、新抗弁論においても自覚されている（前述二（三）

〔1〕参照）のであって、抽象性原理を問う新抗弁論者の見解は、結局、かかる補助的手段によって17条を単一的にはなく差異づけして適用すべきだと映じさせるところのもの、即ち、包括説では利益状況の評価に矛盾が生じる、という主張との関連において理解されねばなるまい。蓋し、前者にとり、相対的抗弁の二分それ自体の必要性は、まさに評価矛盾を解消することにあつたからである。「支払人が支払義務を負うか否かが法的に重要なのであり、有効性抗弁であれ人的抗弁であれ支払義務を負わない。問題状況は何れの場合にも、方式上有効な手形上に支払人の有効な署名があり、しかも、手形証券外において支払人と手形所持人との間に、後者が前者に対して手形を行使することを禁ずるような事情がある、ということである。この事情には17条の適用が、その文言からも、また、趣旨からもふさわしい」（S. 125）、とするフーバーにとり、相対的抗弁の二分は単なる『概念的考慮が齎した結果』（S. 125）と映じた。しかし、新抗弁論にとっては決してそうではなかった

のである。かくして抗弁論争は、有効性抗弁事例をめぐる利益状況の評価視点の対立、という争点へと収斂していく。従って、新抗弁論がとる抗弁の二分法とそれに伴う具体的結論の是非は、そこでの議論を通して判断されよう。

注

- (98) 以下本文での属性の抽出方法は、Thomsen, a. a. o., S. 348f.に従った。
- (99) これに反対するのは、Canaris, JuS 71, S. 446.
- (100) Baumbach-Hefermehl, a. a. o., Art. 17 WG. Rdn. 67, Einl. WG. Rdn. 10; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 146f. 判例では、(a), RGZ 124, 65; (b), JW 1908, 151; (c), OLG Celle NJW 62, 745. 等（但し(a)は手形の所持、(b)は資格授与効を立証責任転換の根拠として付加）。
- (101) Rehfeld, Sicherungsakzept und Abstraktionsprinzip, JuS. 67, SS. 203-205は、第三者の保護は、既に善意取得（16条2項）や抗弁排除（17条）で十分配慮され、手形債権の独立性（7条）がそれらの効果を補完しているとし、手形表示が条件に親しまないこと（1条2号, 12条1項, 26条1項）は、第一取得者にとり有利ではないが、誰も理由なしには手形上の義務を負わない、との推定に基づいて、債務者は抗弁の立証責任を負うという（ähnlich auch vgl. F. G. Miller, Wechselforderung und Grundforderung (1969), S. 26f. 33）。
- (102) Vgl. auch J. Rädig, Das Recht aus dem Papier(1973), S. 22f.; Kübler, Feststellung und Garantie(1967), S. 209f..
- (103) 我が国でも竹田省「証券の文言性の限界」商法の理論と解釈486頁が、証券の文言性から立証責任の転換を説明する（但し、上柳(7)前掲論文74, 79頁注9も参照）。
- (104) Vgl. zB. Hueck-Canaris, a. a. o., S. 117, 165ff..
- (105) およそ原因に基づく抗弁につき不当利得法を迂回する必要性を疑う Hefermehl は、契約上の合意を理由に延期的抗弁の対抗を認めることは抽象性と矛盾しないという（Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Einl. WG. Rdn. 10, Art. 17. WG. Rdn. 67）。この限りでは、Hueck-Canaris, a. a. o., S. 167も同旨。反対、Zöllner, Einreden bei Wechsel und Scheck, ZHR 148 (1984), S. 313, 329ff.（無論、権利濫用を理由とする延期的抗弁の対抗は認める（S. 335））。
- (106) Vgl. Kapfer, Wechselrecht, XIII; Bürgen, Die Beschränkung der Einreden des Wechselschuldners, 1965, S. 9 f. 尚, Miller, a. a. O., S. 32f. は、これを手形債権の『自律性』と呼ぶ。この点については、木内「手形の原因関係と手形抗弁」法学新報80巻12号1頁以下, 81巻4号105頁以下, 81巻8号55頁以下が詳しい。
- (107) Thomsen, a. a. O., S. 347.
- (108) Thomsen, a. a. O., S. 347f.
- (109) 林注(2)前掲論文85頁。
- (110) 我が国でも、「原因関係上の抗弁の対抗を、存在する権利対抗弁という図式で捉えそ

の権利を実在するものとして取り扱う限り、17条に服する典型的な人的抗弁が、Einrede 的なものと考えられるが故に、手形債権の『有効な存在それ自体』が争われていと考えられる、いわゆる有効性抗弁は Einwendung 的なものとして、両者を共通に取り扱うことはできないと考える余地はある。しかし、だからといって、17条の規制が当該抗弁が一般法上、Einrede 的性質を有するか、Einwendung 的性質を有するかという抗弁の性質論をとることにより、当然に Einwendung 的性質を有するものを適用除外しているとの結論は、抗弁の性質論それ自体からは出てこない」との指摘がある（川村注⁽⁹⁾前掲論文66, 83-4頁。Einrede 及び Einwendung 概念については、vgl. zB. G. Jahr, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, JuS. 1964, S. 125ff.; Pflug, Der rücklaufender Wechsel, 1967, S. 85ff.）。

- (111) 私見によれば、同じくレヒツシャイン理論を基礎とするヤコビが、新抗弁論と違って有効性抗弁という独自の範疇を設けずに、それを17条の問題だとする（但し、16条2項を並列して適用する（Jacobi, WR. S. 119f.））根底には、『権利を生き物のように観念すること』に批判的な手形法解釈の立場がある、と思われる。彼は、「法律構成は人間相互の関係を形象へと実質化して権利を物化・人格化しようと努めるが、主観的権利は現実存在する有体物として存するのではない。法原則——これも請求権を“発生させ”または“滅却する”ものではなく、単にある者が他者に何かをそれによって要求しえ、または要求しえないということ——だけがあるに過ぎない」（a. a. O., S. 30ff.）という。かかる立場では、無因債務も、原因が客観的に欠けることがあっても、実定法が立証責任の転換を伴う給付請求権を与えるというに過ぎず、実務上は有因でもありえ、結局、有因・無因の争いは、法律構成上の意味しかない（無論、ヤコビは、有因債務の必然性（vgl. Wieland, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen, Basel, 1901）には反対する（a. a. O., S. 281ff.））。

（五）有効性抗弁をめぐる利益状況——17条包括説の評価視点

手形所持人や白地手形署名者は、16条2項・10条の規制により取得者が善意・無重過失でない限り、自己の地位を喪失または不当補充の危険を負担する不利益を受けない。新抗弁論は、有効性抗弁を制限される手形債務者の保護をも前二者のそれに同化すべきである⁽¹¹²⁾、という。本節では、債務者に対して厳格な17条の規制によることが手形法諸規定の趣旨に沿う、という包括説の論者がいかなる視点から利益状況を評価しているのかを概観する。

[1] ウルマー説は、交付契約の欠缺、意思表示の瑕疵、証券に記載な

き手形債務の弁済等の抗弁は、17条にいう直接の抗弁ではあるが、そこでは更に、第三取得者が権原を有効に取得したか否かという問題が別個に生じる、と解するものである。従って、善意取得を規制する16条2項が17条と並列して適用される結果、より加重な善意要件を定める前者の規定により、取得者には善意・無重過失であることが要求される（S. 237）。但し、この見解では、証券の譲渡を伴わない手形引受において、手形の返還に瑕疵がある場合には16条2項を適用しえないことになるが、この場合にも手形が手形署名者の法的に顧慮される意思に反して流通したことを重視し、同条を類推適用することによって、新抗弁論と同じ結論が導かれている（S. 237）。

それ故、排除可能な抗弁を細分化して『有効性抗弁』なる独自の抗弁類型を設けることの是非を度外視すれば、ウルマー説と新抗弁論との対立は理論構成上のものに留まり、⁽¹¹³⁾ 実際の結論＝抗弁排除に要する善意基準の点では両者間に⁽¹¹³⁾ 径庭がないが、オストハイム・フーバー説では結論が変わる。

〔2〕 オストハイム説は、まず、善意要件を定めている手形法上の諸規定を、当該の規制により不利益を受けるが故に取得者に善意要件を課することを通して保護されている客体が、手形債務者自身であるところの①規制グループ（10条、17条、19条2項）と、手形に基づく真の権利者であるところの②規制グループ（16条2項、40条3項）に分ける。そして、手形取得者（40条3項では手形債務者）に求められる善意基準につき両グループに差異がある理由を、両グループが想定している利益状況の違いに求める。

即ち、「①規制グループに関わる手形債務負担に対する抗弁は、特に例外的な場合に限ってしか許されず、対抗の要件も厳格でなければならない。蓋し、流通証券たる手形は、手形取得者が債務者の債務負担の有効性をできるだけ確実に信頼しえない限り、その機能を全うすることができないからである。ところが、②規制グループにおいて手形権利者がその地位を喪失する場合に、通常、利益相反関係にあるのは、債務者と債権者たる手形所持人ではなく、原則として同程度の保護に値するところの、共に潜在的には債権者たる地位にある二人の者に過ぎない。だからこそ、②規制グループでは手形債務者・債権者間で利益が衝突する①規制グループに比べて、善意要件により

一層高い基準を当てることが正当化されている」(S. 355f.)、と。

以上から、彼は、「交付契約の瑕疵・欠缺、履行・免除等による手形債務の消滅のごとき抗弁事例は、手形債務者が規制により不利益を負担する①規制グループと利益状況を等しくする。それ故、16条2項、40条3項という②規制グループを、法規の欠缺を補完する評価基準として類推することは問題外である。苟も、当該事例につき法規の欠缺を想定するとしたならば、①規制グループに属する17条の『債務者を害することを知りて行為すること』に評価基準を求めるべきである」(S. 366)、と新抗弁論を批判する。

但し、かかる利益評価視点に立つ場合、10条と17条とでは、共に債権者・債務者間において利益衝突が認められる①規制グループを構成しながら、尚かつ善意基準を異にしている。従って、この善意基準の違いをどう整合的に説明するかという問題が依然として残るが、両条の要件事実そのものの本質的な相違——白地手形では完成手形と違って、債務負担に関する総ての個別的事項の補充が取得者に委ねられている[*ausgeliefert sein*] こと——を理由として彼は、債務者の保護を顧慮した10条が、取得者の善意保護を『無重過失』要件の設定によって限定することを正当化する(S. 366)⁽¹¹⁴⁾。

これは、彼の第二の視点、つまり、レヒツシャイン法理によって手形取得者がレヒツシャインを援用しうるか否かを限界づけ、またはそれに差異を設ける場合に、苟も利益状況を視野に収めるのであれば、単に債権者の誠実性[*Redlichkeit*]にのみならず、更に、債務者の保護相当性[*Schutzwürdigkeit*]にも照らして判断すべきであるとの立場⁽¹¹⁵⁾に関わる。つまり、「同法理の観点に照らした場合、白地手形を不当に補充された債務者は瑕疵なき債務負担表示があるかのような権利外観が生じる可能性を予期すべきではある。しかし、かかる債務者は、交付自体に意思表示の瑕疵があるとしても(手形を横領・盗取された場合も同様)その内容を知りながら完成手形を交付する債務者に比べれば、より保護に値する」(S. 366)⁽¹¹⁶⁾、という評価である。

具体的な最終結論としてオストハイムは、完成手形における意思表示の瑕疵、手形の横領[*Veruntreuung*]、交付契約が無効であるとの抗弁には17条が適用されるべきであるとする。また、窃盗の場合、白地手形には10条の類

推適用を提唱するが、完成手形に関しては *Stranz* 流の『直接の關係』概念⁽¹¹⁷⁾の理解とは異なって、横領（17条）への類推を妥当とする（S. 358, 365）。

〔3〕 フーバー説は、「支払人が対価を受領せずに自らその引受手形を手放すとすれば、それは彼が負担すべき危険であって、手形取得者はこの間の事情につき何ら調査することを要しない。これがまさに手形法原理である」（S. 126）との考え方を基調として新抗弁論を批判する（SS. 117—127）。

1. そのためにまず、新抗弁論が論拠としている関連諸規定たる手形法16条2項、10条、17条の趣旨を次のように把握している。即ち、取得者は何れの規定によるも手形の資金関係における瑕疵の存否について調査する必要はない。尤も、前二条においては、手形が『正常でない』との疑念を生ぜしめる状況のもとで提供される場合、取得者には署名者に対して『手形が正常か否か』を照会する義務が生じるのに対し、17条では、取得者は瑕疵を積極的に知らない限り、かかる疑わしい事情の下ですら照会義務を負わず、手形が正常であることを前提としうる（SS. 117—119）、と。

以上の趣旨に照らした場合に、苟も新抗弁論のように有効性抗弁に16条2項・10条を類推適用するときには、取得者に重過失（何らかの調査義務）が問われることになる点を重視したフーバーは、有効性抗弁が問題になりうるケースを仔細に分析したうえで、「そこで究極的に関わっているのは、原因関係に瑕疵があり、それが交付契約にまで及んでいる、という状況である。このとき、もしも新抗弁論に与するとすれば、それは、事情次第では、原因関係が正常であるか否かについて取得者が照会する義務を負担しなければならないことを意味する。然るに、この結論は、法の趣旨および円滑な手形取引の促進という理念に悖るものである」（S. 119）、と断ずる。

因に、彼が批判の対象として列挙している諸ケース（SS. 119—123）とは、(1)、売買代金支払いのため手形が引き受けられた場合において、この売買契約・手形交付契約が共に売主の詐欺を理由に取り消された場合、(2)、代金の前払いの方法として手形が供与された場合において、売主の信用について買主が錯誤または欺罔されていたことが判明した場合、(3)、銀行の行う引受クレジット供与に際し、振出人が自己の信用について銀行を欺罔し、または

銀行が振出人の信用能力について錯誤した場合、(4)、暴利行為または賭博債権の決済手段として手形行為がなされたために、交付契約に拘束力がない場合、(5)、交付契約が、公序良俗違反の手形騎乗〔*Wechselreiterei*〕を理由に無効となる場合、(6)、白地手形や担保手形の濫用等の場合、等である。

以上の事例では、給付された商品に瑕疵があったり、売主や信用を供与された者が商品の供給や融通資金の提供を満期までになしえなかったこと等、抗弁は手形交付の原因関係の瑕疵に例外なく根ざしていることを理由にフーバーは、「かかる場合に、手形交付をなさしめる目的から、瑕疵が故意に黙秘されていたときには17条の適用はない、と解することには何ら合理的根拠がない」(S. 120)、と新抗弁論を批判する。⁽¹¹⁸⁾

2. 私見によれば、彼が強調する『調査義務』の問題に関する批判は、近時の判例に嚆矢すると思われる。新抗弁論に与した西ドイツ連邦裁判所(BGH)の1977年11月7日判決(WM, 1978, 84)は、概略以下の事案を扱った。⁽¹¹⁹⁾

コインゲーム機の卸売商であるX(原告・控訴人・被上告人)は、従前から機械納入代金を滞納していたF'会社(訴外F会社の前身)に対し、ゲーム機械の供給を決済完了まで拒絶していた。その後、F・Y(被告・被控訴人・上告人)間で、Fが10台のゲーム機を売り渡し、自己の費用を以て設置する義務を負う一方、YはFに5年に互る割賦払いで総額67,000DM余を支払う旨の契約が締結され、Yは代金の前払いとしてF会社を振出人とする手形29通を引き受けた。翌日F会社は、F'会社がXに対し滞納していた債務を決済するため、内17通をXに再譲渡した。XはYに対し、手形を買い受けた旨および異議があれば提起されたい旨の書簡を送付した。Yは一旦提起した異議(銀行割引に供されるべき合意があった旨)を撤回し、前記手形中1通を決済した。然るに、依然として債務超過にあってXから機械の供給を受けえず、手形行為時において既に売買契約の履行を期待しえない程の経営困難に陥っていたF会社は、Yに対する給付義務を履行しえなかった。Xの手形金請求に対してYは、手形上の意思表示を含めF会社と交わした合意全てを詐欺ゆえに取り消した旨を抗弁した。

以上の事案につきBGHは、(Y主張の詐欺の抗弁は、手形の取得に当た

りXに『害意』があった旨の立証がなかったが故に17条により排除されるとしてXの請求を認容した）原審判決を次のように破棄・差し戻した。即ち、①、本件のように無効な手形意思表示をなした署名者の善意の取得者に対する責任は、17条の問題ではなく、帰責的に惹起されたレヒツシャインの観点により判断される。その際、取得者の過責基準は16条2項・10条から推論され、同人は有効性抗弁を生ぜしめるべき事情を知りまたは若干の注意を払えば容易に知りうべかりし場合には抗弁の対抗を受ける。②、原審は、手形の占有を喪失したというYの主張との関連でXの重過失を判断し、かつ否定した。しかし、手形表示が詐欺ゆえに取り消されうべかりし事情につきXが取得時に知らざりしことが重過失によるか否かという観点から再度、全体の事実を認定すべきであり、しかもその際Yへの照会という事実をもってXの重過失の可能性を除去するに十分の事情となすべきではない、と。

かかる判例は、（判決理由の一般化はできないが、経済状態のあまり芳しくない取引先から多額・多数の手形を受け取る）手形取得者の利害得失を次の点にかからしめてしまう可能性を生む。即ち、前者間の取引が正常（殊に前者が引受人に対して原因関係上の給付義務を履行しうる状況）であったかどうかに相応の積極的顧慮を払ったか否か、仮にそれを顧慮しなかった場合にはこの不作為を正当化する事情を獲得していたのか否か、が取得者に問われかねない。フーバーの懸念も恐らくはこの点にある、と思われる。^{(120) (121)}

3. 更に、手形債権の爾後的消滅についてもフーバーは、新抗弁論のように相殺・和解・弁済が手形債権に関するものか、それとも原因債権に関するもので区別して、後者のみを17条にいう抗弁と解することは、利益状況に照らせば妥当性をもたない（S. 124f.）⁽¹²²⁾、と批判する。

4. 無論、フーバーも、手形法自体が、瑕疵のある『手形の処分』と『手形債務の負担』とを16条2項と17条とにより別個に規定していることから生じる問題を否定しているわけではない。一般民法に照らせば処分契約の無効を導く原因関係の瑕疵（公序良俗・強行法規違反、詐欺、強迫等）の全てが16条2項の適用要件たる『手形の占有喪失』に該当するわけではない、との構成によって若干の調整を施しても尚、手形交付の瑕疵の事例において、⁽¹²³⁾

手形所持人と支払人とを完全に平等に扱うことは恐らく不可能であろう (S. 127), と評する。しかし, 限界事例での不平等取扱を完全に撤廃しようとするれば, その代償として, 立法者の採択した典型事例では理由のある別建規制の全面放棄を必然的に伴う (S. 127), と新抗弁論を批判する。

5. 結局, フーバーは, 有効性抗弁事例における手形債務者と手形流通の利益を次のように調整する (S. 123f.). I. 手形所持人・呈示者による手形詐取や横領も含め, 交付契約の瑕疵, 手形債務の爾後の消滅は, 直接の關係に基づく抗弁として17条のみの適用を受ける。但し, II. 手形交付の欠缺＝手形喪失については, (1)白地引受手形の場合には, 白地手形が存在する補充権限授与に反して補充される場合と同様に取り扱われるべきだとして10条を準用するが, (2)完成手形の場合には, 手形が無権限の第三者の濫用により流通したときに限って16条2項を直接適用する (振出人自身の濫用は I に該当)。

注

(112) 前述二 (三) 参照。

(113) deutlich so sagend, Huber, a. a. o., S. 116.

(114) ähnlich auch Ulmer, a. a. O., S. 233; vgl. auch Huber, a. a. O., S. 113.

(115) Vgl. auch Martens, Begebungsvertrag und Wechselblankett, JZ. 1973, S. 441/444 (但し次注をも参照)。我が国でも例えば, 福瀧注⁽⁶⁹⁾前掲論文197-199頁はこれに賛成。尚, 河本「手形法における悪意の抗弁」民商36巻4号539頁注2をも参照のこと。

(116) Martens, a. a. O., S. 442, FN11, FN13は, この衡量を極端にすぎると批判する。

(117) Stranz, Wechselgesetz, 14. Aufl.(1952) Art. 17 WG. Anm. 13; Staub-Stranz, Art. 17 WG. Anm. 4 a, 8 は, 前者との人的接触の度合いを問題にし, 横領を17条の抗弁, 窃盗を対物抗弁とする等, ある程度占有法上の信頼保護 (BGB §§. 932-935) に倣う結論をとる。

(118) フーバーの有価証券理論からすれば, 原因上の合意を交付契約の内容・条件となしうが故に, 例えば, 担保手形に付された条件の不成就は, 手形債務の存在に関わる抗弁となる。しかし新抗弁論の立場では, この事情は, 手形債務の存在に一般には影響を及ぼさないことに注意 (Vgl. Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 17. Rdn. 85-87)。

(119) Huber, a. a. o., S. 123は, 更に, 新抗弁論を盾にして, 良俗違反行為を行った張本

人たる支払人が取得者に対し、重過失による不知を挙げつらうことは許されない、という。尚、我が国では、手形意思表示の瑕疵を原因関係上の瑕疵から区別するにあたり、手形行為をなすこと自体について錯誤・詐欺等があったか否かを目安にする見解が多い（学説では、伊沢・手形法小切手法135頁等。判例では、最一小判昭和29年11月18日民集8巻11号2052頁、東京地判昭和29年2月23日下級民集5巻2号209頁、大審判昭和17年6月22日民集11巻22号1218頁、大審判昭和16年9月29日評論31巻商法1頁等（判例研究としては木内「手形の原因関係と手形抗弁」（三）92頁が詳しい）。

- (120) 尤も、Hefermehl, ZHR. 144, S. 44. は、「16条2項の保護基準を交付契約の瑕疵の抗弁に類推して、重過失ある取得者の保護を認めないことは、決して彼に資金関係に関する調査義務を負わせる結果を齎すわけではない。資金関係の瑕疵の認識は、交付契約の瑕疵の認識・重過失による不知と同じではない」、と言う。

- (121) 因みに、この種の事案は、我が国の法実務では縁由の錯誤として手形行為自体には影響を及ぼさず、原因関係の債務不履行もしくは原因関係の詐欺による取消に基づく抗弁として、17条但し書にいう『善意』解釈の枠内で処理される傾向にある（特に、本判例の事実に酷似する我が国の判例（大審院判決昭和19年6月23日民集23巻14号378頁参照）。有効性抗弁における善意基準に関する西ドイツの法実務は、無重過失を要求する新抗弁論と、取得者に『未必の故意』があれば足りるとして善意の立証を軽減するフーパー説（a. a. o., S. 126）との間に、いかほどの差があるのかを検討する必要性を示唆する。この点、ウルマーは、抗弁要件事実の重過失による不知を Stanzl, a. a. O., S. 36 f., 43, 60f.のように抗弁事実の認識と同視して、『無重過失』要件を最初から17条の善意要件事実メルクマール自体に含ませるべきではないが、両者の間隙は過大評価されるべきではない、という（Ulmer, a. a. o., S. 245ff. 我が国では高窪「手形法上いわゆる悪意の抗弁」私法20号107頁以下が Stanzl に賛成。河本「グスタフ・シュタンツルー手形法における悪意」神戸法学3巻6号212頁以下は批判的）。

- (122) 免除・相殺等、支払人が所持人に対して別の法律上の原因に由来する反対債権を有している場合については未だBGHの判例はない、と言う（Huber, a. a. O., S. 124）。銀行取引実務上、手形を割引・取り立ての為に取得する第三取得者たる銀行は、手形差入れ人の当座貸方に記帳した手形の支払が弁済・支払猶予等の事由により拒絶されると、手形金相当額に諸費用を加えた額を借方に記帳するか、或いは、買戻請求権を行使して当該手形を差し入れ人に返還する。その結果、手形は原因関係の相手方に戻ってくることが多い。弁済につき、支払人と第三取得者との間の訴訟が稀であるのは、以上の事情による（Vgl. Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Bankbedingungen, Ziff. 40ff.; Stötter, NJW. 1971, 359）。尤も、下級審には、弁済目的を明示せずになされた支払が手形債権と原因債権の何れに関するものかをめぐって直接当事者間で争われた判例は存在する

(OLG, Celle, NJW. 62, 745)。そして、同判例では、支払の目的は、結局、当事者間の意思解釈によらざるを得ない、とされており、事後的債権消滅に関するフーバーの批判には説得力があるように思われる。

- (123) フーバーは、16条2項は本来、手形の譲渡人が第三取得者に対して其の直接の譲受人との原因関係にその基礎を置くような瑕疵を援用することを容易にする、という目的に出るものではない (S. 126)、とする。この指摘は、我が国で権利移転行為有因論を支持しながら原因関係の無効・消滅に基づく『無権利の抗弁』に16条2項の適用を回避する為に、かかる場合は同条にいう占有喪失ではないと構成する見解（例えば赤堀光子・判例批評ジュリスト357号100頁等参照）と結論的には一致する。

（六）手形抗弁論争の総合的評価

〔1〕 前節までの分析結果が示す通り、手形署名に独自の法的意義を認める最適の理論として、仮にフーバーの提唱する理論構成に与したところで、そのことが直ちに新抗弁論を排斥する決定的な論拠とはなりえない⁽¹²⁴⁾。更に、ウルマーやオストハイムの見解から窺えるように、たとえ新抗弁論を否定するからといって、そのバックボーンをなすレヒツシャイン法理自体の価値までもをすべての包括説論者が否定しているわけでもない。少なくとも新抗弁論の意義は、従来絶対的抗弁とされてきた無権代理や偽造・変造の抗弁、あるいは漠然と人的抗弁として17条の問題とされてきた抗弁グループに、レヒツシャイン法理の観点からスポットを当てたことにある、と思われる。⁽¹²⁵⁾

しかし、有効性抗弁事例をめぐる利益状況の評価のあり方という角度から両説を眺めると、そこには無視しえない違いがある。有効性抗弁のすべてに17条を適用した場合に生じる不都合を、包括説もまた独自の利益調整により緩和しようと試みている。つまり、包括説は、有効性抗弁とされる事例群を原則として17条の問題としながらも、例外的にそれらのうちに同条以外の規制に服すべきある種の抗弁事例が存在することまでもを否定しているわけではない。これに対して、新抗弁論の有力論者は、手形債務の存在それ自体に⁽¹²⁷⁾関わりとの一点において、有効性抗弁グループに属するすべての抗弁を十把一紮げにし、それらに画一的に10条・16条2項を類推適用していく。

そこで、包括説の利益評価に比べて、新抗弁論に独特な有効性抗弁の画一的な取り扱いが果たしてより妥当なものといえるかどうか、という観点をも含めて両説を総合的に評価する場合に浮び上がってくるのは、**新抗弁論**がそのバックボーンである**レヒツシャイン法理**を**一面的にしか捉えていない**のではないのか、という疑問である。因に、我が国で既になされている指摘に従えば、⁽¹²⁸⁾そもそも**レヒツシャイン法理**は、一方において、法的信憑性のある**外観＝シャイン**を信頼する善意者は保護されるべきであるとの**信頼主義**に根ざしている。尤も、この**信頼主義**は、**信頼保護**によって**不利益**を受ける者がその**不利益**を被る所以の問題、即ち、**帰責性**の問題については何事も語らないのであって、**レヒツシャイン法理**と**帰責性**との結合は必然的なものではない。

たとえば、**手形法上**、**16条2項**の善意取得は、真の手形権利者に全く**帰責性**がない場合にも、彼が権利の喪失という**不利益**を受ける点において、純粋な**レヒツシャイン主義**の発現である、⁽¹²⁹⁾とされている。

然るに、消極的な権利喪失の場合と異なり、**手形債務者**が『**抗弁の排除**』によって**外観**どうりの債務を自ら負担する**不利益**を被る場合には、**手形債務者**の所為につき、**同人**に**帰責可能**であることが原則として必要とされ、この場合の**帰責性**は、**危険支配**の思想から、最低限、自己が**手形**を作成し、または**手形**に署名することを知りまたは知りうべくして作成・署名行為をなした場合には肯定されている。⁽¹³⁰⁾そして、この要件によって**レヒツシャイン法理**と**私的自治の原則**との対立が解消されている、⁽¹³¹⁾と説明されている。

しかし、ここで見落とされるべきでないのは、**レヒツシャイン法理**それ自体が、個々の**抗弁**の排除に要する**外観・善意・帰責性**といった各要件の具体的内容までもを解明しうるわけではなく、それらは結局、同法理の発現形態と称されている**実定手形法諸規定**において具体化されている諸要件に照らして確定されざるをえず、各場合に依りて異なってくる、⁽¹³²⁾ということである。

従って、**手形債務者**と**第三取得者**との利益衡量から導かれる**取引保護＝抗弁排除**の程度を顕現すべき法制度を、苟も**レヒツシャイン責任**の観点から考究するというのであれば、そこで**不利益**を被る者の**帰責性**の様相とは何かという点をも十分に視野に収めなければなるまい。殊に、ヘーファーメー

ルのいう利益衡量論レベルではどうしても避けがたい作業であった筈である。⁽¹³³⁾

しかし、新抗弁論者が主張する画一的な有効性抗弁の取り扱い、彼らがレヒツシャイン責任による信頼保護を、専ら、レヒツシャインへ意識が向かう『善意の第三取得者』の側からのみ一律に観て行くことによって、抗弁論におけるレヒツシャイン理論の十全なる展開を放棄してしまったことを物語っている、と考えられる。以下では先ず、この点を明らかにしておこう。

〔2〕 新抗弁論の一面的考察様式は、マルテンスの『交付契約と白地手形』と題する論文における叙述に対して、「彼が考慮したような、有効性抗弁を瑕疵ある手形交付の基礎をなしている意思の基体の強度に応じて微分化して取り扱う契機はなんら認められない」⁽¹³⁴⁾、と評するヘーファーメールの見解にも如実に現れている【下線は引用者による】。⁽¹³⁵⁾

西ドイツ連邦裁判所は1972年に初めて、公序良俗に反して無効な白地手形が善意で取得された事案につき、完全手形が違法無効な交換目的で引き受けられた場合に関するレヒツシャン原則と同一の原則によって、取得者の善意基準を10条・16条2項から類推する新抗弁論に与した。⁽¹³⁶⁾ この判決を機にマルテンスは、およそ次のように論じた。

「同判決は、白地手形におけるレヒツシャイン責任の問題にスポットを当てている。手形法上レヒツシャイン責任の観点から有効な交付契約という債務負担構成要件メルクマールが放棄されるとすれば、手形債務者の責任の差異づけは、もはや帰責要件の段階づけを通してしかなしえないが、署名者に帰責性がある限り、原則として完全な免責までは導きえない。この責任の差異づけは、実定法を類推して取得者の善意性を（厳格にコントロールする方向で）読み替える形による他ない。また、その限りでは、過って流通した白地手形証書のすべての事例に10条を参照することに疑義はない」⁽¹³⁷⁾、と。

このように『帰責性の段階づけ』という視点からもレヒツシャイン責任を考えるマルテンスは、新抗弁論に与した72年判決の射程距離を未完成手形に限定し、完成手形をめぐる有効性抗弁については、帰責要件の階層性に応じて画一的でない規制の可能性を展望した。つまり、彼は、完成手形が喪失す

る場合には16条2項・10条の類推を妥当とするも、瑕疵ある交付契約により任意に譲渡される場合には17条を適用することに与する。その理由は、彼によれば瑕疵ある手形交付の基礎を成している意思の基底の強度 [*die Intensität des Willenssubstrates*]^{(138) (139)}の格差である。

しかしながら、その後の西ドイツでは、このような帰責要件の段階づけという視角からのレヒツシャイン理論の展開は、残念ながら否定されている。因みに、有効性抗弁が問題となる場合において、(a)、交付が（意思によらない占有離脱により）そもそも全く欠けているのか、(b)、交付契約に拘束力がないのか（賭博—§. 762 BGB）、(c)、交付契約が原始的であれ（暴利行為）、後発的であれ（悪意の詐欺—§. 123, 142 BGB）有効でないのか、(d)、発生した手形債務が後になって消滅したのか（履行）⁽¹⁴⁰⁾ということは、ヘーファーマールにとっては重要ではない。即ち、先の叙述に続けて彼は、「債務者により惹起された有効な交付契約があるかの如き外観を信頼しえた善意の取得者は保護されるのである。なるほど確かに、手形債務が有効に成立しなかったところの原因は著しく多様ではあるが、取得者が保護に値するということは、原因の差異によっては影響を受けない。善意というのは、手形債務の『存在』と関わるのであって、有効な手形債務を発生させるに至らなかったところの原因には関わってこない」⁽¹⁴¹⁾、という【下線は引用者による】。

[3] しかし、私見によれば、新抗弁論の利益評価には次のような問題がある。例えば、10条にいう白地手形署名者の責任の捉え方は、未完成手形をめぐる交付契約と白地補充権限授与との相互関係如何という白地手形の本質論にも関わる。新抗弁論者やフーバーのように、白地補充権の授与こそが交付契約に不可欠の構成要素 [*essentialia negoti*]⁽¹⁴¹⁾であると解する場合⁽¹⁴²⁾には、そこから、10条は交付契約には由来しない手形債務負担の特別の事例を規制している、との結論が生じてくる。しかも、それに留まらずに容易に推測されるのは、一般的に無効な交付契約に基づく白地手形の事例全般にわたって10条を適用すべし、との主張である。

果たして、新抗弁論はレヒツシャイン責任が問題になる場合に、完成手形と未完成手形とを同列に扱うだけではなく、まさしく未完成手形全般につい

でも、それが流通におかれた態様を問うことなく10条を類推する。⁽¹⁴³⁾ 帰責要件として顧慮されているのは、署名のもつ手形法上の重要性を意識したまたは意識すべくして署名がなされたかどうか、ということだけである。

そこで、有効性抗弁に10条を類推することの是非を検討してみると、まず第一に、検討の対象を白地手形に限定したとしても、交付を全く欠く白地証券喪失の事例状況について同条を類推すること自体に問題がないわけではない。蓋し、オストハイム・マルテンス等のように、10条の債務負担要件事実の本質的メルクマールとは、手形債務者が未完成手形を自己の信頼において他人に手交した[*ausgehändigt*]という特別の帰責性の様相[*Zurechnungsmodalität*]である、と捉えるならば、10条が類推論拠としてもつ意義は、原則として、同条で把握されている帰責性の様相がもはや確認されえないような交付欠缺の事例においては失われる、と解されるからである（無論、振出人との間で締結された交付契約が、これに含まれている補充権限授与も含めて有効であったか否かは問題ではない）。⁽¹⁴⁴⁾

更に、たとえカナリスのいう『危険支配の思想』⁽¹⁴⁵⁾ に与して、リスク配分の観点から見たとしても、10条を法律上も事実上も交付のなかった白地手形（＝自由意思によらずに流通した未完成手形）の事例状況に類推することは困難である、と解される。蓋し、10条が署名者に割り当てているリスクは、彼が意識的に補充権を与えた者の人格に委ねた信用が濫用されるリスクだけである。これに対して、問題の事例では、何らの補充権限も（無効な補充権限すらも）授与せず、つまり、何らの信任をも与えていなかった第三者の振るまいが署名者に帰責されるべきか否か、が問題になっているからである。⁽¹⁴⁶⁾

第二に、完成手形における交付欠缺の事例に妥当するレヒツシャイン責任の諸原則を、立ち入った吟味なしに未完成手形における同様の事例に移行させることにも若干の慎重さを要する。蓋し、完成手形における責任の帰責は署名者が自己の署名を通して全ての手形文言を承認しており、従って、不測事態におけるリスクの限度を予見できることに由来する。これに対して、負われるべき手形責任が内容上未確定である未完成手形の署名者が予測計算の困難な結果を負担するリスクは、完成手形におけるよりも遥かに大きく、し

かも、挿入された手形文言は署名者自身によりなされたものではない。それ故、完成手形に比べ、未完成手形における署名者の帰責性の様相は、その比重の点ではより小さい、(他方、取得者は、何れにせよ不測の損害の限度額を精確に展望しそれに相応した善後策を取りうる)⁽¹⁴⁷⁾ともいえるからである。

このように解することに対しては、白地部分が補充された以後の完成手形を善意で取得する者は、証券がそもそも当初は未完成手形として流通していたのか否か、しかも、有効に交付されたのか否かを外見からは認識しえないが故に、信頼保護は専ら善意取得者の視点から一律に評価すべきである、との反論が予想される。これは全く以て正当な観察ではあるが、手形署名者と手形受取人との間に一切の連絡がない場合、対象を同じくする信頼が、常に同等の保護価値を有する、とは限らない。⁽¹⁴⁸⁾

[4] 以上の疑問もさることながら、更に、新抗弁論のように信頼保護を専らレヒツシャインを信頼した取得者の側から一律に見る立場を仮にも論旨一貫しようとするれば、取得者の保護相当性にとって、当該抗弁が有効性抗弁であるのか、単なる原因関係上の人的抗弁であるのかは、本来、無意味な筈である。蓋し、証券内容からすれば抗弁の存在は勿論、その性質の相違すら判別できないので、レヒツシャインは両抗弁を通じて同等に強く取得者に作用する。しかも、帰責可能な署名がなされたにも拘らず、証券内容に合致する手形責任が争われる、という点では両抗弁に径庭がないからである。

それにも拘らず、抗弁性質の相違を以て両者を別個に取り扱うことが、利益評価の一貫性に照らした検証を免れているのは何故なのだろうか。察するに、これは、取引保護の構造をレヒツシャイン法理と原因関係からの手形関係の抽象(独自)性に二元化し、後者は前者による保護を超える機能を果たしている、という新抗弁論者の理解と無縁ではない、と思われる。⁽¹⁴⁹⁾

尤も、これは、我々が既に見てきた、①、手形訴訟における請求原因についての主張・立証責任を転換する機能、および、②、手形が第三者に再譲渡される場合の「人的抗弁の制限」を法技術的に説明する概念として用いられる『手形債権の原因債権からの分離独自性』⁽¹⁵⁰⁾とは、密接な関連を有するも、別次元の属性に関わっている——それは、むしろ、手形流通に伴う多面的法

律関係において、直接取引当事者と第三者との関わり方を見る場合にいわれる『手形関係（抗弁）の個別性』に近い——と考えられる。

この意味での抽象性は、流通証券たる手形の貨幣代用的機能を促進するために与えられた諸命題、即ち、(1). 各々の瑕疵ある原因関係の当事者が、彼の有する抗弁を他方の相手方に対して保持しうるものとする、(2). 各々の原因関係の当事者が、自己の相手方と（自己が関与していない）第三者との法律関係から生ずる抗弁＝第三者の権利に基づく抗弁〔*Einreden ex iure tertii*〕から保護されうべきものとする、(3). 各々の原因関係の契約当事者が、自らが相手方として選抜した者の無資力（破産）のリスクを負担すべきものとする、等を解明する機能を付与されている。⁽¹⁵¹⁾

しかし、新抗弁論の問題点は次の点にある。即ち、一方で、以上の意味で抽象性を語ることと、他方で、直接当事者間では手形債権の存否が原因関係に有因的に依存するという属性を認めることが矛盾しないにも拘らず、流通力という手形の経済的機能を、専ら、原因関係上の抗弁の対抗とその制限という局面に限って、しかも極度に強調した点にある。つまり、有効性抗弁を、この抽象的手形債権の存在が想定されうる事例（＝新抗弁論のいう人的抗弁）との対比の次元で位置づけたがために、却って、『有効性抗弁』グループに属する諸抗弁のより綿密な分析が怠られた、と考えられる。

〔5〕 以上を要するに、抗弁の対抗とその排除の問題をレヒツシャイン法理の観点から解明することが仮に妥当だとしても、レヒツシャインへ意識が向かう信頼者の側からの視点だけを偏重する信頼保護理論（新抗弁論）には、信頼の基礎をなしている『原因の重層性』が捨象されてしまい、延いては論者の真の意図とは裏腹に過度に硬直した利益状況の画一的評価を齎す、という問題がある。それ故、包括説の批判に答えるためにも、『信頼の基礎たる外観』を惹起している署名者の『行為・容態』のもつ階層構造へと視野を広げて、有効性抗弁グループを再検討することが必要である、と考える。

およそ手形債権債務関係においては、それが、証券に表象されることにより、直接の取引者間の関係を超えて展開していくので、創設的・承継的な権利の移転に関わる後続の手形取得者は、先行する法律関係の存続に依存せざ

るをえない。だからこそ、取引社会の証券に対する信頼を保護して、その流通力を確保することが抗弁排除の究極の根拠とされているのである。

そこで、手形取引における、(1)『信頼』と『その信頼の基礎をなす外観』との対応関係をまず見てみると、ウルマーも指摘する通り、『信頼』は二つの対象、即ち、一面では証券の存在（内容）に、他面では証券の所在に向けており、しかも、権利の存在・内容に対する信頼は証券の存在・内容をより所とし、権利の所在に対する信頼は証券の所在をより所としている。⁽¹⁵³⁾

従って、次に問題となるのは、かかる信頼を惹起させた手形債務者の瑕疵ある所為が、この信頼の対象とどのような形で関わっているのかということ——(2)『外観』と『それを過って生ぜしめた者の所為』との対応関係——の分析である。ところで、有効性抗弁はヘーファーメールも自認するように、確かに、スペクトルの極めて広い『集合概念』⁽¹⁵⁴⁾ではある。しかし、証券に記載された内容をそなえてしかも当該の場所にある手形証券と、（実際には瑕疵があるにせよ）手形債権が証券記載の内容をそなえてしかも当該の場所にあるかの如き外観を惹起した者の所為、との『位相』をメルクマールとすれば、有効性抗弁は概ね以下のように分類しうる。即ち、

まず、A. 補充が必要かつ可能な未完成手形証券において、1. 補充権限の授与も証書の事実上の交付も無くして、署名者から証書が喪失したとの抗弁。2. 署名者による有効な補充権限の授与はあるが、約定に反して補充されたとの抗弁（或は、なされた権限授与自体が無効であるとの抗弁）。

次に、B. 完成手形において、1. 署名後、盗取・紛失等により交付契約自体が欠缺していたとの抗弁。2. 交付契約はなされはしたが、しかし瑕疵のあるものであったとの抗弁。

ここで、レヒツシャイン法理の観点から以上の抗弁の排除を考える場合において、それらを証券に対する信頼の対象との関連から分析するときには、以下のような『信頼の基礎の重層構造』が重要な意義をもつ、と思われる。

①、何れの場合にも、最低限、自己の署名によって証券を其処に存在するに至らしめた行為は存在する。つまり、取引会社の証券に対する信頼の基礎の一つは何れの場合も充たされている（但し、これ自体だけでは、有価証券

理論につき新抗弁論に立った場合には、法律行為⁽¹⁵⁵⁾上の行為ではない。

②、そして、信頼を支えるもう一つの基礎の存否、つまり、そもそも証券を其処に所在するに至らしめた行為があったかどうか、上記A、B各場合における1.と2.の区別の目安である（A1、B1では法律上も事実上も第二層を有しないが、A2、B2では二層の基礎に支えられている）。

③、但し、証券内容が当初は不確定である点において、AはBから区別される。即ち、何らかの内容で補充できるかの如きシャインしか惹起していない署名者⁽¹⁵⁶⁾にあっては、リスクの予測計算の見通しが立たない。他方、存在すると想定されている補充権（内容・範囲）は、それが補充されるまでは、何ら客観的な沈積物をもたない（実質的なシャイン要件が存在しない）。従って、善意の取得者は、自己の前者の約束に信頼を置きうるに留まる。

かくして、**有効性抗弁の法的規制に当たって以上のような『信頼の基礎の重層構造』に着目すると、次のような仮説が可能である。**まず、シャイン要件を創出するにあたり、手形行為者に（抗弁主張が制限されるという形でレヒツシャイン責任を問われる彼のために要件とされる）帰責性がないときには、証券に表象される権利の存在・内容に関する善意の取得は保護されない（絶対的抗弁）。しかし、**逆にまた、『信頼の基礎の重層構造』は、（上述の意味において要件とされる行為者の帰責性の様相⁽¹⁵⁶⁾に正しく照らして、彼の保護相当性が縮減されうる事情を解明しうる、**と思われる。

換言すれば、『**信頼の基礎**』が手形債務者による『書面行為』と『交付行為』という二層をそなえている事例（たとえ瑕疵はあるにせよ交付契約がある場合＝B2）においては、この**重層性故に**、唯一の基盤にしか支えられていない事例（交付の欠缺＝B1）に比べて、取得者への対抗を**より厳格にし**か認めないことを根拠づける。即ち、

(1)、**完成手形**の『交付契約の瑕疵の抗弁』の制限では、善意基準を17条に準じて判断し、手形債務者は、取得者が抗弁事由たる瑕疵を積極的に認識しない限り、重過失があっても、後者が本来あるべき証券通りの権利を取得することに対抗しえないとの評価が妥当する。従って、16条2項に準じて取得者に重過失なきことが要求されるのは、信頼の基礎を一層しかそなえていな

い『交付の欠缺の抗弁』の制限の場合に限られよう。

(2)、**白地手形の濫用**に関しては、実質的シャイン要件が不確定であり、リスクの予測計算が署名者にとって展望困難であるが故に、しかしながらまた困難であった場合に限り（金額白地等）、より厳格な10条の善意基準によることが妥当であろう（A 2の場合）。これに対して、単に署名しただけの白地証書が意思に反して濫用される場合（A 1の場合）には、10条の直接の類推によらないレヒツシャイン責任が考慮されるべきである（私見では、白地証書の偽造・変造の事例の処理との整合性が必要だと考える）。

[6] マルテンスも[2]で引用したように、信頼保護をそれによって不利益を被る者の側からも適切に考察しようとする方向における一つの可能性を示唆した。これに対しては、17条の善意基準に準ずるものと、16条2項・10条のそれに準ずるものとに有効性抗弁を細分するための包括的な指標として、『瑕疵ある交付契約におけるように、たとえ法的には無効であるにせよ、ともかくも事実上、債務者の交付行為により手形が「任意」に譲渡されたかどうか』を採用することには難点がある、と指摘されている。

私見によれば、まず、彼の叙述における『手形交付の任意性』という点だけを強調すると、一般的には、そこに、シュトラッツの見解、若しくは、いわゆる発行説との大いなる親近性が容易に認められよう。しかし、この系列に属すると解される、例えば、(1)、手形行為の成立要件として、署名者の意思による占有離脱であるか否かを基準とする見解、または、(2)、レヒツシャイン理論の立場から、交付欠缺の場合において手形署名者に手形責任を帰責しうするためには、彼が手形であることを認識または認識すべくして署名しただけでは足りず、最低限、自己の意思によって手形の占有を放棄したことが必要である、と解する見解に対しては、批判が多い。しかし、マルテンスは、手形行為の成立要件として、或は、帰責性の存否という形で責任の全部的免責を導くための目安として上記の基準をとっているのではなく、あくまで帰責性の程度・段階づけとして採用しているに過ぎない。従って、批判として残るのは、**トムセン (Thomsen)**の指摘であろう。

彼は、『任意性』という基準だけではカバーできない事例として、表示意

識がなかったとの抗弁、暴利行為・公序良俗違反であるとの抗弁、弁済済みであるとの抗弁を挙げる。加えて、詐欺・強迫等、意思表示の瑕疵の抗弁に関しても、『任意性あり』と認定するために、意思決定に選択の余地があれば足りるのか、それとも意思形成の自由までを必要とするかによって各々別様に規制せざるを得なくなる可能性を指摘する。⁽¹⁶¹⁾つまり、個別事例の状況次第で判断が区々になる結果、任意性という基準は、新たな、しかも難しい限界画定の問題を孕んでくる。これに対して、手形取得者の主観的要件の設定に際して、16条2項・10条を類推することによって、有効性抗弁グループに属する全ての抗弁を、『善意にして重過失なきこと』という統一的基準に服せしめる新抗弁論者の見解は、法適用の明確性を獲得しうる、⁽¹⁶²⁾という。

確かに、マルテンスの表現を、一般民法上の意思決定の任意性（自由）と短絡的に結びつけるとすれば、トムセンのこのような任意性をめぐる解釈問題に遭遇しよう。しかし、本稿での考察にとってより本質的であると考えられるのは、マルテンスが、単に『交付の任意性』という部分だけではなく、むしろ『（詐欺・錯誤・強迫等を理由に取り消され、或は、公序良俗違反ゆえに無効な交付契約に伴う）交付行為を通して』という点にも着目している、ということである。

そして、もし我々が、かのヘーファーメールも認めている『手形行為のもつ発展的な段階性』⁽¹⁶³⁾を再度思い起こすならば、『瑕疵ある手形交付の基礎をなしている意思の基体の強度』というマルテンスの用語法が、全く不適當だ、とは断定できない。蓋し、信頼保護に鑑みて、手形債務負担行為に瑕疵があるとの抗弁の対抗が制限される場合、信頼を基礎づけているところの『手形行為者に帰責可能な所為』は、次のような段階性をもっているからである。即ち、その第一段階は、たとえ事実行為に比べて意思のモメントが独立している（＝意思の表現も含んでいる）にせよ、目的的に法形成に向けられてはいない『手形署名という法的に重要な容態』レベルに留まる段階である。次いで、第二段階は、手形取引のなかで、『（契約が単独行為かは別にせよともかく）手形法律行為による手形交付』のレベルへと吸収・統合されるに至っている段階である。

このように、手形行為が有する以上のような段階性は、レヒツシャイン責任の観点から有効な交付契約という要件事実メルクマールが放棄される場合に、手形行為者の帰責性の段階づけを可能にすると共に、この段階に応じて彼の責任を、今度は、取得者に求められる主観的要件を通して差異づけようとするマルテンスに理論的な妥当根拠を与えている、といえよう。そして更に、かかる手形関係の設定プロセスを認識することは、有効性抗弁とされる個別的事例を過度に画一化せずに法的に評価することを可能にする。

この点、新抗弁論は利益評価に際して、16条2項が、本来、手形の善意取得によって不利益を被る者がおよそ信頼の基礎をなす外観を何ら惹起していない場合ですら、証券の所在に対する信頼を保護する純粹のレヒツシャイン主義に出る規制であることを些か等閑にし過ぎているのではなからうか。

付言すると、『信頼の基礎の重層構造』を以て、有効性抗弁を16条2項・10条の善意基準に準ずるものと、17条のそれに準ずるものとに区分する評価視点とした私見による仮説もまた、まさに以上の手形行為の段階性に呼応したものである。即ち、区分基準は、信頼の基礎が、証券をその内容において存在するに至らしめた『書面行為』のレベル（上で述べた第一段階）だけを基盤としたものなのか、それとも『書面行為』と『交付行為』という二重の基礎（第二段階）をも具えているものなのか、ということである。

従って、マルテンスの表現は、信頼の基礎をなす二つの段階的な要件事実の相互関係ないしは相違（＝法律行為としての目的・能動的所為の有無）をより簡明に主観化したものに過ぎない、ともいえる。但し、手形債権が弁済等により消滅する場合（＝手形債務が履行されたにも拘らず、証書が支払済の記載を受けることなく、弁済した者以外の者の所に留まっている場合）には、トムセンも指摘する通り、マルテンス説では説明しにくい。

これに対して、その内容で其処にある証券に対する『信頼の基礎の重層構造』を視点とする仮説による場合には、弁済の抗弁を比較的容易に17条の善意基準に服せしめることができる。蓋し、この場合においても、証券を『未支払いの内容で存在する』に至らしめた行為は、債務者が支払済みの記載を受けなかったこと（不作為）により存在している。更に、信頼を支えるもう

一つの基礎、即ち、そもそも証券を其処に所在するに至らしめた行為もまた、彼が、その証書を弁済受領者等、自己以外の者の所に留めおいて回収しなかったことにより存在する、といえるからである。

〔7〕 最後に、以上の仮説の結論は、抗弁排除の根拠づけに関してのみならず、手形抗弁論の基礎をなす有価証券理論に関してもレヒツシャイン理論に与せず、更には、*Abstraktionsprinzip* にも極めて否定的であるフーバー説の結論にほぼ等しい。蓋し、既に紹介したように、手形の詐取・横領を含め交付契約の瑕疵、手形債務の爾後的消滅は、直接の關係に基づく抗弁として17条のみの適用を受けるとするフーバー説でも、白地手形の交付欠缺では10条を準用し、完成手形が直接の取引当事者以外の無権限の第三者の濫用により流通した場合（交付欠缺）には、16条2項を適用するからである。⁽¹⁶⁴⁾

このことは、彼のように私的自治概念を稀釈化してまで手形法上の法律行為責任として徹底させる方向から手形抗弁の排除を考察してもなお、*相対的抗弁*には画一的でない取り扱いが必要とされていることを物語っている。尤も、『署名それ自体』が法律行為であることを論証するために、手形署名と手形交付との相互關係と、代理權授与〔*Vollmachterteilung*〕と代理行為とのそれとを平行に考えるフーバーにとっては、証券の授与を伴わない抗弁事例が、元来、17条には馴染みにくいものであった、と思われる。

代理權授与につきフーバーは、「苟も代理權を授与する者は、代理人が代理行為により一定の法律効果を生ぜしめる可能性を故意に作り出す。代理人が委任者との内部關係では拘束力のある指図を踰越した場合においても、法律効果は、委任者が代理權濫用の可能性を自らの意思決定により作り出した限り、依然として彼の意思に基づいて発生する」⁽¹⁶⁵⁾、という。

しかしながら、受任者による権限濫用を委任者の法律行為責任として位置づけるにせよ、そもそも委任者の代理証書による代理權授与という法律行為上の行為は、代理証書の委譲〔*Aushändigung*〕を必要とし（ドイツ民法172条1項）、証書を委ねられていない者が無権限ないしは違法に証券をわが物として濫用する場合には、本来、それは、無権代理行為として証書作成者には何らの効力・責任も生じない筋合いのものである。だからこそ、フーバー⁽¹⁶⁶⁾

は、支払人と（受任者に匹敵するところの）手形呈示者や振出人との関係に基づく抗弁には17条を適用しえても、交付欠缺の抗弁には16条2項を援用する必要に迫られた、と考えられる。

この点はさておき、レヒツシャイン法理を否定しない立場を前提として、『**信頼の基礎たる外観を惹起している署名者の行為・容態の階層構造＝信頼の基礎の重層構造**』を軸に抗弁規制を考える仮説と、フーバー説との間に、結論に関しては径庭がないということは、先に述べた仮説が具体的妥当性という検証にも耐えうるものであることを証しているのではなからうか。むろん、瑕疵があるとはいえ、少なくとも『法的に重要な容態』のレベルに留まらない第二段階の手形行為の法的規制に、果たしてレヒツシャイン理論の援用が必要なのか、という問題をフーバー説は喚起している。⁽¹⁶⁷⁾

注

- (124) 前述三（三）〔4〕参照。
- (125) 前述三（一）〔2〕〔3〕及び三（五）〔2〕参照。
- (126) 前述二（四）参照。
- (127) 前述三（五）（特にフーバーについては三（五）〔3〕4.5）参照。
- (128) 例えば、川村「手形法におけるレヒツシャイン法理に関する若干の考察」一橋論叢71巻6号688頁以下、特に690－96頁参照。
- (129) 川村注（128）前掲論文690－91頁は、Canaris, Vertrauenshaftung, S. 471を引用。
- (130) 川村注（128）前掲論文691－92頁は、Canaris, Vertrauenshaftung, S. 473ff.; Jacobi, WP. S. 117, 119等を引用。尚、カナリスの見解については、前述二（二）参照。
- (131) 川村注（128）前掲論文691頁は、Canaris, Vertrauenshaftung, S. 433を引用。但し、権利外観法理の妥当領域、法律行為責任との関係の問題については後注（167）参照。
- (132) 川村注（128）前掲論文693頁、および前述二（四）注⁽⁷⁰⁾参照。
- (133) 前述二（一）〔1〕参照。
- (134) Martens, JZ. 73, S. 441ff.
- (135) Baumbach－Hefermehl, a. a. O., Art. 17 WG. Rdn. 9, 30. 田辺注⁽⁷⁾前掲書200－1頁参照。
- (136) BGH, Urteil von 30. 11. 1972－II ZR 70/71＝JZ. 73, S. 466ff.
- (137) Martens, a. a. o., S. 446(R).
- (138) Martens, a. a. o., S. 444(L).

- (139) 更に、マルテンスは、(1)完成手形が、取り消されたり公序良俗に反した交付契約のように、たとえ法律上は無効ではあるにせよ、ともかくも事実上、債務者による交付行為によって『任意に』譲渡された事例と、(2)未完成手形が同様にして過って流通した事例とを比べた場合、有効な手形交付がなされたとの外観は、(2)の場合よりも(1)の場合のほうが手形署名者に対して遥かに強力に帰責されうる、という (Martens, a. a. o., S. 446(R))。
- (140) 権利外観理論をとるにも拘わらず、Jacobi, WR. S. 83f.; Hueck, Recht der Wertpapiere, 10. Aufl. § 19 III 4 d は、弁済の抗弁も、17条にいう直接の關係に基づく抗弁だとする。因みに、川村注(9)前掲論文691,694頁注8も、この抗弁を交付欠缺の抗弁と同一視する見解 (我が国で、例えば河本注 (114) 前掲論文539注10) を疑問視される。
- (141) 鈴木注(2)前掲書209頁以下、河本注 (114) 前掲論文538,541頁注20、福瀧注(7)前掲論文464,468頁注17, vgl. Martens, a. a. o., S. 444 (R)。
- (142) Canaris, a. a. o. (前注(10)), S. 119f.; vgl. auch Rittner, Rechtsfragen zum unvollständigen Wechsel, DB. 1958, S. 675, 677. ; Huber, a. a. O., S. 113.
- (143) Statt aller vgl. Baumbach-Hefermehl, a. a. o., Art. 10 WG. Rdn. 14, 15.
- (144) Martens, a. a. o., S. 444-445 (L); Ostheim, a. a. O., S. 357f.
- (145) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 473ff.および前述二 (二) 参照。
- (146) Vgl. Koller, WM 1981 (注(4)前掲論文), S. 219 (L); Rittner, DB 58, S. 677.
- (147) Vgl. Martens, a. a. O., S. 445f.; Koller, a. a. o., S. 219 (R)。
- (148) Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 10 WG. Rdn. 14.
- (149) 契約当事者間では、手形債権は完全には原因から分離していないと解する Hefermehl, a. a. o., Einleitung WG. Rdn. 10, 38ff.もこの点は認める (前述二 (一) [1] 参照)。
- (150) 上柳「手形の無因性についての覚書」会社法手形法論集392頁を参照。
- (151) Canaris の『抽象性原理』の理解は、不当利得法上の Durchgriffskondiktion の許否をめぐる「三角関係における利得の調整」の問題と関連する (Vgl. Canaris, Bereicherungsausgleich im Dreieckpersonenverhältnis, FS. f. K. Larenz, (1973) SS. 799-865, insb. S. 803f., 814ff., 818, 825)。同原理は彼によれば、狭義の信頼保護を遥かに凌ぎ、手形がAにより振り出された後に、Bを経てCに流通した場合、不当利得債務者(C)に原因の瑕疵につき単純な認識があっても返還責任を負わない (Aからの原因関係上の抗弁の対抗を受けない) ことに加え、①Cが同原理による保護を得るために、何らかの原因上の処分をBになしたことは必要でない。②たとえ不当利得債務者(C)が契約相手方(B)の返還請求権を、清算されるべき債権関係とは牽連性のない反対債権で相殺する場合でも尚、Aからの貫徹返還請求を免れる保護を受ける。③更に、Cにおよそ反対債権等、何らかの保護に値する具体的利益があるか否かも問題ならない (Vgl. auch

Medicus, Schuldrecht, II BT. 2. Aufl. 1985, S. 310ff.). 但し, Canaris, Verhältnis zwischen dem Wechsel- und Schekrechtlichen Einwendungsausschluß und der Lehre vom Einwendungsdurchgriff kraft Rechtsmißbrauch, ZHR 151 (1987), SS. 517-565 では, 第三者の権利に基づく抗弁を権利濫用の観点から許容しようと試みている(尚, 金銭と有価証券との経済的機能の相違により生じる『Abstraktion』の程度の差異を, どの程度法的規制に反映すべきかについては, vgl. zB. Simitis, Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes, AcP. 159, S. 406ff., 431).

(152) 例えば, 有因論をとる Ostheim, a. a. o., S. 359, FN32を参照。

(153) Ulmer, WP. S. 42, 58. および, 浜田注⁽⁴⁾前掲論文350頁参照。

(154) Baumbach-Hefermehl, a. a. o., Art. 17 WG. Rdn. 30.

(155) 前述二 (一) [3], 二 (二) [2], および三 (三) [3] 参照。

(156) 但し, 帰責に必要なメルクマール, 即ち, 1. 信頼要件, 2. 相手方の保護必要性, 3. 帰責能力, 4. 帰責基準 (4. は, 取引保護の要請の度合いに応じ, 過失なき外観の惹起またはリスク支配の期待可能性で足りる) に共通点があるにせよ, (1), 単にあたかも意思表示があるかのごとき容態惹起における帰責と, (2), 主体的規律づけとしての法律行為において自己決定に瑕疵があるにも拘らず自己責任を問われる場合の帰責とは, 一応区別すべきであろう (少なくとも, 手形行為の第一段階=書面行為は(1)の問題だと考える)。尚, 法律行為外の信頼責任における帰責要素については, vgl. Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, FS. f. Nipperdey I. S. 373ff.

(157) Vgl. Koller, a. a. o., S. 211ff., 213, 217, 219(R). 尚, 白地手形をめぐる「交付・補充権授与の欠缺」と「偽造」との限界事例をいかなる表見理論で処理するべきであるか, ということが困難な問題であることについては, 例えは, 上柳「手形被偽造者の使用者責任」会社法・手形法論集462, 464頁注(5)(6), 河本「白地手形の要件」手形小切手判例百選138頁参照。

(158) Thomsen, a. a. O., S. 353ff.

(159) Stranz, a. a. O., Art. 17. Anm. 13 (前注 (117) 参照)。権利外観理論に与する学説の多くは, かかる差異づけをしていない (河本注 (114) 前掲論文536, 540頁注13参照)。

(160) 我が国では, 今井前掲講座1巻118頁以下が, 盗難・紛失の場合に限っても, 意思による占有離脱の証券可否かを以て署名者の責任 (帰責性) の有無の基準とすることは適切でないとして, 一律に16条2項・10条を適用するのが妥当とされる (同124頁注(2))。

(161) Thomsen, a. a. O., S. 355f.

(162) Thomsen, a. a. O., S. 358.

(163) 前述二 (一) [3] および三 (三) [3] 参照。

(164) 前述三 (五) [3] 5 参照。

(165) Huber, a. a. o., S. 98f.

(166) Vgl. zB. Flume, a. a. o. (注⁽⁶⁸⁾前掲書), S. 455f.

(167) 法律行為責任概念を「自己決定に支えられた法律効果のみに関する責任」と定義する場合には、瑕疵ある自己決定を信頼した者に対する責任は、法律行為外の責任ということになる。しかし、失敗した自己決定のリスク配分の問題として、つまり、自己決定の相關概念として自己責任を語る場合には、「表示通りの責任」と「リスク負担（利益賠償）責任」とを包括する概念として法律行為責任（法律行為上の表示に基づく責任）を捉えうる、との指摘（例えば、児玉注⁽⁷⁰⁾前掲論文167頁以下参照）がある。